

ТАЙНА И СИЛА ПРАВА

2009

ВСТУПИТЕЛЬНОЕ СЛОВО

Все знают: *право, закон* (понятия близкие, часто отождествляемые) — явления, хотя нередко и усложненные, но в общем-то простые, прозаические. Они относятся к повседневной, обыденной и деловой жизни, конфликтным ситуациям, порой — к теневым сторонам нашего бытия, его закоулкам. Определяют, что можно, а что нельзя и каковы последствия неблагоприятных поступков. Это и регулирование купли-продажи и иных рыночных отношений, и правила налогообложения, и ответственность за преступления и правонарушения, и процедуры решения споров о земельных участках и о возмещении вреда, и порядок наследования имущества, и т.д.

Здесь, по мнению многих людей, немало всякого рода бумажотворчества, буквоедства, всяких интерпретаций, канцелярщины, усложненных процедур и сроков, формализма. Словом, не высшая математика, не физика. И наука здесь вообще, наверное, *довольно элементарная*.

Какая же здесь может быть тайна?

А тайна есть. И есть наука «правоведение» — основательная, имеющая глубокие исторические корни и не уступающая другим отраслям знаний.

И понимание всего этого очень важно для всех нас, для всего общества. Мало кто обращает внимание, что в человеческом обществе по мере его развития возникает неизбежность, неодолимость права. Что право неизменно приходит на помощь людям в наиболее сложных, критических ситуациях. Что оно наиболее значительно и активно дает о себе знать в условиях, когда необходимо противостоять произволу и насилию.

Только для понимания всего этого и многого другого, не менее важного, нам пока неведомого (и, стало быть, для раскрытия как раз тайны права), нужен строгий научный подход. Такой же, как в любой другой науке, стремящейся постигнуть суть и истинное значение явлений и предметов, имеющей дело не с какими-то выдумками, предположениями, верованиями и фантазиями, а с окружающим нас действительным миром — объективной реальностью. С этого мы и начнем.

ГЛАВА ПЕРВАЯ

ПРАВО — ОБЪЕКТИВНАЯ РЕАЛЬНОСТЬ

Право как факт

Известно, что право относится к *субъективной* стороне нашей жизни, к тому, что представляет собой плод мыслей и воли людей, особенно тех, кто обладает государственной властью — творит законы, принимает обязательные решения по тем или иным вопросам. «Вот перед нами налог на недвижимость, — говорим мы, — это действующее позитивное право, так как налог установлен законодателем; это воля законодателя, его решение».

Но исходный, принципиально важный пункт истинно научного понимания права заключается как раз в том, что право (притом действующее право как людское творение, именуемое *позитивным!*) — это не просто и не только мысль. Не просто и не только известные идеи и воля, суждения о должном и возможном поведении, не только порой произвольные решения властей о том, кто и что вправе делать, как поступать.

Позитивное право — это *факт*. То есть *внешняя реальность, строгая объективная данность*. Такая реальность, объективная данность, которая в каждый данный момент существует и действует как явление нашего бытия, нечто обособленное и внешнее для каждого человека и для всех социальных институтов, если угодно, в известном смысле — для общества в целом (на языке философии — явление *отчужденное*).

Впрочем, возьмем на заметку и то обстоятельство, что мы, люди, в нашей повседневной жизни воспринимаем право все же в основном с субъективной стороны. Но не упрощенно, а со стороны, скажем так, психологии. Выдающийся русский правовед-мыслитель И.А. Покровский, отметив, что существование права «ощущается всеми», пишет: «...право есть некоторая социально-психологическая сила, регулирующая поведение людей; оно есть некоторое состояние общественного сознания и общественной воли, заключающее в себе психическое принуждение индивида к известному поведению. Как явление социальной психологии право является, таким

образом, несомненной реальностью, фактом эмпирической действительности, частью из «мира сущего»¹.

Главное — «тело», материя права

Трактовка права как реального факта важна для науки. Это ее начальный пункт. Но такой констатацией ограничиться нельзя (ведь по сути дела мысли и воля людей, любые явления психического порядка — это тоже реальные факты действительности).

Перед нами, как подметил крупный отечественный правовед, действительно, «сила, регулирующая поведение людей» (она действует, работает, обставлена в своем действии сроками, процедурами, поддерживается в своем действии государственными органами, именуемыми правоохранительными).

Право — это *особая* социальная реальность. Такой поразительный феномен, который относится к субъективной стороне жизни общества, в своем возникновении и действии зависит от людей, от их мнений и воли и в то же время представляет собой *особое явление* среди фактов действительности, объективной реальности.

Что значит «особое явление»? А то, что право *имеет свое «тело»* — *corpus iuris* (корпус юрис), как говорили юристы Древнего Рима. «Тело» как своеобразную, позволительно сказать, *материю со своими свойствами, своей жизнью, логикой существования и развития*². Материю не в грубо материалистическом понимании, то есть не в значении вещественных, зримых предметов (хотя в праве есть и такая сторона — законы, другие правовые источники, документы), а в значении социальной, во многом «незримой» реальности.

Что же представляет собой «тело», материя (*corpus iuris*) права — разговор особый, он впереди. Сейчас лишь приведу мнение еще одного видного русского правоведа — Б.А. Кистяковского. Причем пока только выдержку из его сочинения, свидетельствующую, поми-

¹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 147.

² В связи с этим вновь сошлюсь на мнение И.А. Покровского. Отметив особенности права с позиций психологии, он пишет вместе с тем: «Думается, что юридическая реальность есть вообще некоторая особая реальность». И поясняет этот тезис на примере признания той или иной организации «юридическим лицом» и даже реальности физических лиц: «Самый физический человек, превращаясь в юридического субъекта прав, утрачивает в значительной мере свою реальность естественную; для понятия субъекта прав безразличен рост, цвет волос и т.д.» (Покровский И.А. Указ. соч. С. 147).

мо самого существа проблемы, о том (и это обстоятельство в высшей степени знаменательное), какое внимание в дореволюционное время русская правовая наука придавала положению о праве как объективной реальности.

Итак, по мнению Б.А. Кистяковского, «правовую реальность следует поставить приблизительно посередине между реальностью произведений скульптуры и живописи, с одной стороны, и произведением литературы и музыки — с другой. Но все-таки ее придется признать немного более близкой к реальности первого вида культурных благ, чем второго...»¹.

Неожиданные сравнения и аналогии! Не правда ли? Запомним это высказывание правоведа дореволюционной поры: оно поможет нам разобраться в том, что представляет собой материя, «тело» права.

Исходное начало науки

Только при признании того, что предметом юридических знаний являются не сами по себе акты власти, не требования той или иной идеологии, не какие-то иные фантомы, а *твердая объективная реальность* (конечно, особая! Во многом «незримая» — такая, которая относится к социальной материи, к субъективной стороне жизни общества и, вспомним, близка к произведениям «скульптуры и живописи»), — только при признании этого *возможна действительная, истинная наука*, имеющая дело с реальными явлениями окружающей нас действительности. То есть *такая же в принципе наука, как все иные отрасли знаний*. Да к тому же наука, призванная практически и теоретически осваивать такие реальные явления действительности, которые в тех или иных мере и виде выражают известные идеальные, гуманитарные начала и ценности.

Такой («естественно-технический» и одновременно гуманитарный) характер правоведения придает ему высокозначимый науковедческий статус.

И этот же подход к юридическим знаниям является, помимо всего иного, также и предупреждением против легкого (порой авантюрного) отношения к праву, к бытующим представлениям, согласно которым возможно произвольно, как душе угодно, кроить и перекраивать

¹ Кистяковский Б.А. Социальные науки и право: Очерки по методологии социальных наук и общей теории права. М., 1916. С. 336.

юридические нормы, в одночасье, чуть ли не одним росчерком пера преобразовать юридическую систему, а вместе с ней и всю жизнь общества. Вспоминается в связи с этим один из президентских указов во время российских экономических реформ начала 1990-х гг., в котором было постановлено «включить в гражданское право институт доверительной собственности» (институт англо-американского прецедентного права, в корне несовместимый со всей системой права собственности в России), — акция, которая, к счастью, хотя и с немалыми усилиями, была в конце концов отвергнута.

Стало быть, *юридическая материя, как и всякая материя в сфере деятельности людей, казалось бы, доступное вещество в руках человека, в действительности оказывается предметом далеко не всегда податливым к вольному манипулированию*. Через право, законы, всю систему юридических институтов возможно решать различные задачи, реализовывать многие жизненные интересы. Возможно и необходимо развивать и совершенствовать действующее право. Но материя права такова, что она не позволяет использовать право по принципу «что хочу, то и ворочу» или по придворным нравам — «чего изволите?».

Так что истинный правовед, владеющий необходимой суммой профессиональных знаний, должной юридической культурой и гражданской ответственностью, *обязан независимо от своего социального и служебного положения уметь говорить «нет»*. «Нет. Право не позволяет сделать это». Или: «Позволяет сделать лишь то-то и то-то, и ничего иного». Или: «Что ж, извольте, используйте для задуманного вами правовые установления, но знайте — будут крупные издержки, потери, не исключено — непоправимые».

Такой подход к юридическим знаниям, строгий и основательный, является, по сути дела, важнейшим элементом, открывающим путь к государственной политике, построенной на последовательных научных началах. На началах всего комплекса наук, относящихся к человеку и обществу, среди которых достойное место призвана занять и наука права.

Напротив, недоучет, непонимание и тем более прямое отрицание указанной черты правовых знаний (в частности, сведение права к феномену сугубо психологического, духовного, идеального порядка, к одной только «воле») приводит в практическом отношении к тому, что манипулирование правовой материей, как и в других случаях вольного манипулирования с объективными реальностями, оборачивается в практической жизни недостатками, потерями, порой крупными,

невосполнимыми. То есть приводит к крупным просчетам, к непониманию действительной роли, предназначения и смысла права в жизни людей, в судьбе общества, а в науковедческом отношении — к трактовке юриспруденции как дисциплины низшего сорта, одного лишь узко понимаемого юридического позитивизма. Да к тому же, скажу еще раз, действительные «законы законов», особенности и закономерности права, его тайны так и останутся недоступными для юридической науки, а отсюда и для всего общества, что в общем-то будет и дальше оправдывать существующее о ней у немалого числа людей невысокое мнение¹.

¹ Так, приходится высказать сожаление, что в фундаментальном труде О. Шпенглера «Закат Европы», подлинном научном свершении, торжестве человеческого духа и разума (пусть и с ошибочной, на мой взгляд, общей мировоззренческой ориентацией), замечательная картина развития права в мировой истории, осмысленная на богатейшем фактическом материале (автор связывает право с категориями «высших культур», подробно освещает в контексте основных пластов культуры развитие античного, арабского, западноевропейского права), оказалась все же ограниченной. И ограниченной, и в чем-то даже ущербной именно потому, что из поля зрения мыслителя ускользнули как раз особенности права как объективной реальности. Именно потому, что О. Шпенглер не увидел «реального бытия права», прежде всего античного, он вопреки своим же собственным трактовкам и оценкам в итоге свел право к опыту, практике, обычаям, к неким интуитивным императивам (См.: *Шпенглер О. Закат Европы: Очерки морфологии мировой истории. Т. 2. М., 1998. С. 84*). И тут же в книге приводится ссылка на Зома, который пишет: «Современное немецкое правоведение в очень значительной мере представляет собой наследие средневековой схоластики. Теоретико-правовое продумывание базовых ценностей нашей реальной жизни еще не началось. Мы эти ценности совершенно еще не знаем». О. Шпенглер говорит далее: «Вот задача, которую предстоит решить будущему немецкому мышлению. Речь идет о том, чтобы на основании практики современной жизни разработать глубочайшие принципы последней и возвысить их до фундаментальных понятий права. За спиной у нас — великие искусства, перед нами — непочатое правоведение» (Там же). Отсюда и его суждения, и оценки юридических знаний, выраженные в такого рода положении: «То, что мы до настоящего времени называем правоведением, есть либо филология юридического языка, либо схоластика понятий права». О. Шпенглер формулирует такой вывод, согласующийся с самой сутью его исследования, а в чем-то и с действительной природой и значением правоведения: «Никто из ученых уже больше не обращает внимания на идеологов римского права... Чтобы освободить нас также и от схемы этих понятий, необходимо правоведение иного рода. На смену филологическому должен прийти общественный и экономический опыт» (Там же. С. 84).

ГЛАВА ВТОРАЯ

ДОГМА ПРАВА

Догма права — знак и образ правовой материи

Исторические данные свидетельствуют, что понимание права как особого, весьма своеобразного явления действительности возникло уже в глубокой древности и притом в связи с потребностями жизни, практики, в связи с тем, что на первых ступенях развития человеческого общества появилась необходимость решать жизненные ситуации, конфликты на твердом, строго нормативном государственном основании. На том основании, которым и является право.

Таким образом, понимание права как объективной реальности изначально явилось требованием самой жизни, практики. При этом знаменательно, что право как основание для решения юридических вопросов стало пониматься знатоками юриспруденции, юристами-профессионалами в качестве *догмы права*. Да, именно так — догмы права! Почему?

Самое существенное здесь заключается в том, что этот термин «догма права» обозначает твердость и непререкаемость самой основы, в соответствии с которой решаются юридические вопросы. Ибо право, выраженное в законе, судебных прецедентах, других источниках, предстает и перед людьми, и перед государством в каждый данный момент в точном значении слова «догма», то есть в качестве твердого, неизменного на данный момент, непререкаемого основания для поведения людей и действий государства, выносимых им решений (если угодно, столь же святого и непререкаемого, как и любая по общепринятым представлениям догма, например религиозная).

Стало быть, выражение «догма права» в области юридической деятельности и знаний означает то, что позитивное право, существующее в обществе, в каждый данный момент — это «то, что есть», *строго определенная данность и неизменность*. Причем в отличие от политики и идеологии в юридической области это выражение, «догма права», лишено привычных для многих людей негативных оттенков (таких, которые слышатся в словах «догматик», «догматизм»). Это вполне нормальный, добпорядочный и даже профессионально престижный, знаковый в юри-

дической области термин, характеризующий образ права как строгой и точной объективной реальности.

Особенности догмы права

Говоря о значении выражения «догма права», нужно иметь в виду, что в твердости и непререкаемости догмы права есть две плоскости.

Во-первых, действующее право, независимо от нашего отношения к нему и мер (назревших или даже уже предпринимаемых) по его изменению, нужно понимать и применять таким, какое оно есть на данный момент в существующих законах, других источниках права. Да, это могут быть несправедливые и жесткие решения власти, устаревшие регламенты и инструкции. Но это всегда лучше, чем ничем не ограниченный произвол и беззаконие, произвольные решения, порой своеволие и самодурство тех или иных лиц, пусть и облеченных властью. Нужно только не жалеть сил на то, чтобы изменить или отменить несправедливые, несправедливые юридические нормы и порядки.

Во-вторых, в праве, каким бы ни было конкретное содержание законов, юридической практики и правосознания, есть своего рода *жесткая объективная фактура* — нечто *твердое и постоянное*, не подвластное вольному усмотрению и произволу, никакому правителю, должностному и научному авторитету (пока в установленном порядке не изменены действующие юридические нормы, у нас — прежде всего закон). Это и есть «тело» права, правовая материя в точном значении этого понятия.

И характеризуя это твердое и изначальное, нужно отметить, что догма права — это не только особый участок явлений социальной действительности, но и ее *особый мир*. Важнейшая черта этого особого мира заключается в том, что право представляет собой *логическую систему*, неотделимую от *формальной логики*, или, по-другому, математической (символической) логики.

Изначально заложенная в позитивном праве направленность на решение жизненных ситуаций, а значит, на обеспечение максимальной, предельной определенности в регулировании общественных отношений, на обеспечение ее максимально возможной точности, строгости, надежной обеспеченности достигается прежде всего при помощи того, чтобы все элементы правовой материи подчинялись требованиям и правилам формальной логики.

И в силу этого вытекающие из права выводы должны выражаться не в диалектических суждениях типа «и да, и нет», а в строгих заключениях — «только да», «только нет». С этой позиции догма права *яв-*

ляется своего рода математикой в области права, в практической деятельности юристов. И кстати, вовсе не случайно методы, используемые в аналитической юриспруденции, близки к тем, которые относятся к математической логике и математическому мышлению¹.

И еще один момент, характеризующий догму права. *Центральным звеном в догме права являются юридические нормы*. В юридических нормах и через юридические нормы (по большей части в наших, российских условиях — через *нормы законов*, в ряде других стран — через нормы судебных прецедентов) определяются и ситуации, требующие правового решения, и порядок, процедуры таких решений, а главное — правовые средства разрешения юридических дел.

Таким образом, на уровне догмы право выступает в качестве *нормативного образования*. Причем наше внимание тут сосредоточивается на юридических нормах, выраженных в законах, в кодексах, а отсюда — и на самих законах. И не только и даже не столько потому, что законы для нас, людей, живущих в российском обществе и во многих других странах (особенно странах Европы), — основной источник юридических норм и вследствие этого именно с законами в основном связаны вопросы понимания права и юридической практики. Главное здесь то, что законы — это наиболее развитая форма закрепления юридических норм. Законы получают распространение и в других юридических системах, и вовсе не случайно во всем мире именно с законами (даже терминологически) связаны представления о законности — строгом правовом порядке, который должен существовать в обществе.

Итак, для понятия догмы права, наряду с логической четкостью охватываемых им представлений, характерны по крайней мере две особенности:

во-первых, в центре правовых представлений, относящихся к догме права, находятся *юридические нормы, выраженные в законе (иных источниках, в том числе в судебных прецедентах)*;

и во-вторых, догматические (с точки зрения юриспруденции) представления о праве сформировались и наличествуют главным образом

¹ О. Шпенглер пишет: «Правовое мышление ближайшим образом родственно математическому. И то, и другое желает отделить от того, что представляется зрению, все чувственно-случайное, чтобы найти здесь мыслительно-принципиальное: чистую форму предмета, чистый тип ситуации, чистую связь причины и действия. Поскольку античная жизнь в том ее образе, который она обнаруживает античному критическому бодрствованию, обладает всецело Эвклидовыми чертами, возникает картина тел, отношений между ними по положению и взаимных воздействий посредством толчка и отталкивания, как у атомов Демокрита. Это и есть юридическая статика» (Шпенглер О. Указ. соч. С. 69).

в связи с *потребностями юридической практики* и, что не менее важно, в соответствии с *требованиями законности*.

Зримая и незримая материя

Понятие «догма права» позволяет начать более детальный разбор того, что представляет собой «тело», материя права, его *corpus juris*. И прежде всего — выделить в правовой материи, условно говоря, *зримые* и *незримые* составляющие.

Зримая составляющая — это то, что на языке философии относится к *внешней форме* права. Это законы, судебные прецеденты, иные источники юридических норм, выраженные, как правило, в письменных документах.

Здесь, в данной плоскости, позитивное право выступает как зримая реальность в самом прямом значении: его можно увидеть глазами (на столе лежит книжечка, озаглавленная «Уголовный кодекс», в каждой статье которого норма или какая-то ее часть), можно даже подержать его в руках (взять книжечку в руки, полистать ее, найти нужную статью). Словом, перед нами — доступный для наших ощущений, наглядный предмет.

Вспомним приведенные ранее соображения Б.А. Кистяковского о том, что право как реальность ближе к тому виду культурных благ, к которому относятся «произведения скульптуры и живописи».

В чем тут дело? А в том как раз, что в отличие от другого вида культурных благ (произведений литературы и музыки) здесь результат творчества *органически слит с данным внешним предметом* — с данным, строго индивидуализированным экземпляром творчества в его вещественном виде: монументом, изваянием, картиной, — в данном случае — с юридическим документом, с «источником права». Причем в данном виде культурных благ (и в праве, обратим внимание, тоже!) слитность с предметом следует понимать не в смысле отождествления указанных явлений с материалом (мрамором и холстом в отношении скульптуры и живописи; письменными документами в отношении права). Главное — это то, что данные предметы, в том числе — коль скоро речь идет о праве — его *источники*, в основном письменные документы, как бы *опредмечивают мысль, творчество, намерения людей* и придают соответствующим культурным благам *строгую определенность, устойчивость, постоянство (вечность)*.

И вот с точки зрения зримой составляющей позитивное право как наличная объективная реальность представляет собой такой продукт мысли и воли людей, который *опредмечен*, воплощен во внешней форме и вследствие этого возведен на такую степень твердой реальности, которая превращает его в *особое социальное бытие* — устойчивое, строго определенное, постоянно действующее (вечное). Вот почему право действует в практической жизни и воспринимается людьми в качестве *догмы, твердых реалий* — строгих, точных, постоянных и в принципе неизменных в нашей действительности, чего-то такого, что и *позволяет делать строго определенные выводы, давать четкую оценку событиям, принимать однозначные решения, совершать точно определенные действия, поддерживаемые властью*¹.

И все же, каким это ни покажется неожиданным, самое существенное в праве — это его незримая составляющая (то, что относится по философским определениям уже не к внешней, а к *внутренней* форме).

Вот перед нами центральное звено догмы права — юридические нормы. Что же представляют собой юридические нормы при достаточно полной их характеристике?

На первый взгляд, и здесь как будто бы все «зримо» и «видимо». О существовании юридических норм свидетельствуют тексты Уголовного кодекса, Семейного кодекса, Гражданского кодекса, других нормативных документов, выделение отдельных статей, норматив-

¹ Именно с этой стороны позитивное право жестко отграничивается от других явлений духовной жизни, которые существуют в сфере «субъективного»: идей, представлений, волевых устремлений, разнообразных культурных благ, продуктов духовного творчества, относящихся к литературе, гуманитарным наукам и т.д. В том числе отграничивается от тех социальных явлений, которые также выполняют функции регуляции поведения людей, — морали, обычаев. А в области юридических явлений — от субъективных сторон правовой действительности, правосознания. Да и вообще с рассматриваемых позиций позитивное право — это *единственный* социальный феномен из числа всех других, также обозначаемых словом «право» (естественное право, моральное право, право-обычай и др.), который является такого рода опредмеченной твердой реальностью, объективизированной данностью.

С этой точки зрения позитивное право существует и действует в виде *системы институтов*, то есть *институционального образования*.

Институты — это и есть «образованные» и «опредмеченные» социальные явления, которые в результате отчуждения обрели собственное бытие и воплощены во внешне очерченных, структурно определенных, твердых и устойчивых формах существования и функционирования. И потому они способны выступить в качестве твердой и постоянной основы или критерия поведения людей, имеющих непрерывный по действию и определенный по содержанию характер. К числу таких институтов относятся государство, религиозные (церковные) учреждения, самостоятельные организации, организации самоуправления. К их числу принадлежит и позитивное право.

ных положений со словами «вправе», «не может ограничивать», «обязан возместить». Сюда же относится и табличка в автобусе «места для пассажиров с детьми и инвалидов».

Но стоит только повнимательней приглядеться к любым жизненным случаям, требующим решения на основании юридических норм, так сразу же возникают вопросы. А почему, собственно говоря, упомянутые и другие записи и формулировки свидетельствуют о наличии юридических норм? Именно норм, да притом именно юридических? Ведь юридическая норма должна обладать, как установили специалисты по праву, целым набором элементов — указывать и на условия ее действия (эти условия называли в юриспруденции *гипотезой*), и на взаимные права и обязанности субъектов (*диспозиция*), а главное — на возможные юридические последствия (*санкции*). А в текстах законов, в отдельных положениях, содержащихся в тех или иных статьях закона, посвященных только отдельным юридическим операциям, деталям и частностям, наличествуют только какие-то укороченные фразы, чуть ли не их обрывки.

И вот тогда-то и нужно принять во внимание *структуру* (структурированность) права, юридическую организацию соответствующих положений. С тем чтобы представить юридическую норму в целом, оказывается, необходимо вписать текст закона в модель *логической нормы* — нормы со всем набором необходимых для нее элементов как юридического явления (гипотезой, диспозицией, санкцией).

Выходит, юридическая норма, казалось бы, простое, элементарное, наиболее наглядное, предельно зримое звено позитивного права, его догмы, одновременно предполагает существование *незримых, невидимых* компонентов — разнообразных связей и соотношений, включающих в нечто логически целое иные компоненты, также входящие в правовую материю и лишь в своей совокупности, в единстве образующие юридическую норму.

Стало быть, юридическая норма, в какой-то мере обнаруживая свои особенности наличной реальности в формулировках отдельных статей закона, в полной мере раскрывается как юридическое явление в разнообразных связях и соотношениях. И плюс к тому еще (как мы увидим в последующем) — в своей заряженности на практическое осуществление, а отсюда — в соответствующих практических действиях людей, причем действиях определенного рода (отвечающих самому названию всего феномена — «право»). Так что юридическая норма, казалось бы, очевидная и наглядная элементарная частица, в действительности, в своих видимых и не очень видимых особенностях выступает

в качестве содержательно богатого, а главное, структурно сложного явления — звена особой правовой материи.

Следовательно, даже на примере одного, притом самого элементарного звена догмы права — юридических норм — выясняется, что *собственная плоть* права во многом кроется в *организации* правового материала, в *юридических структурах*. В последующем этот пример будет подкреплён и другими данными. Но уже сейчас следует сказать, что такого рода характеристика особенностей права имеет ключевое, принципиальное значение для решения многих вопросов правовой теории, в том числе и для ответа на вопрос о тайне права.

Основной секрет силы права

Принято считать, что в любом предмете (явлении) главное, самое существенное, что характеризует значение и силу данного предмета, — это содержание. В мире вещей, во многих жизненных процессах так оно и есть (например, даже в сфере власти: могут существовать различные «формы» республик, монархий, но главное все же содержание власти, то есть политический режим, демократический или авторитарный, тиранический).

В праве все сложнее. Здесь мы встречаемся с явлениями поистине поразительными, уникальными.

При всей исключительной важности в жизни человеческого общества экономического, политического, нравственного, иного фактического содержания законов, юридических норм в области юриспруденции первостепенное значение принадлежит *именно форме* (которая в основном и образует своеобразную юридическую материю).

Конечно, фактическое содержание в текстах законов, в других источниках как бы перемешано с юридическими категориями, *юридически прописано*. Тем не менее во всех случаях оказывается возможным и одновременно крайне необходимым в юридическом отношении различать, с одной стороны, конкретный фактический материал, а с другой — исконно юридические категории (правовую материю). Например, в области земельного и трудового законодательства, с одной стороны — природные особенности угодий, труд и его интенсивность, перерыв в труде (отдых), государственные решения по всем этим вопросам, а с другой — законы, иные документы и, что не менее важно, «приоритет прав того или иного лица», «субсидиарное применение», «правовое требование», «юридическое равенство» и т.д.,

что и *представляет право вовне*, а главное — *организует содержание права*, воплощает его в *юридических структурах*.

А теперь (внимание!) главный пункт, раскрывающий смысл слитности права с его формой. Суть его в том, что иначе, без своего «проявления вовне» и, главное, без обретения необходимых структурных характеристик, права как особого, юридического явления *просто нет*, какие бы громкие слова в данном случае не звучали. И нет, стало быть, никакой силы у каких-то нормативов и решений, которые хотелось бы видеть в качестве права.

Для обоснования этого призыву на помощь одного из наиболее видных философов нашего времени М. Мамардашвили.

Вот что по тематике рассматриваемого вопроса, раскрывая идеи одного из наиболее великих философов — Канта, пишет М. Мамардашвили: «Форма как возможность структуры, как нечто, что лежит в области полноты, есть для Канта такое образование, от свойств которого зависит все остальное в мире. В том числе социальные проблемы, социальное благо человека, его нравственное благо как конкретное, то есть несвятого существа»¹.

И характеризуя в связи с этим миссию права в обществе в качестве формы, которая способна не давать основания для зла и несправедливости², М. Мамардашвили (достойный повышенного внимания момент!) привлекает в качестве примера институты суда и судопроизводства (словом, право), когда у участников судопроизводства существует даже инстинкт правды³. «Инстинкт правды, — пишет философ, — хотя и будет в головах, но действовать будет форма. Лишь она... может нейтрализовать неизбежные человеческие потуги. *Поэтому нам нужны не честные судьи, а независимые судьи* (курсив мой. — С.А.). Только это может скорректировать неизбежную случайность того, честен человек или бесчестен, глуп или умен»⁴.

¹ Мамардашвили М. Кантианские вариации. М., 1997. С. 90.

² Там же. С. 90.

³ Там же. С. 90—91. Автор пишет: «Скажем, существует определенная форма судопроизводства. А если мы полагаемся просто на то, что будем воспитывать порядочных и честных судей, которые не берут взятки, — то никогда праведного и справедливого суда мы иметь не будем. Потому что пока мы будем к этому стремиться, будет действовать форма, формальный элемент. И беда, если он неразвит, если это суд, в котором нет разделения властей, который не отделен от государства в виде независимого института судей, суд, который не имеет независимой прокуратуры, где прокурор, жертва, адвокат слиты все в одном лице (а это лицо всегда наше побуждение, порыв и, как выражались русские мыслители прошлого и начала этого века, инстинкт правды)...»

⁴ Там же. С. 91. При этом М. Мамардашвили замечает: «Это ощущение формы — не только продукт философствования, но продукт определенного рода культуры».

В связи с этим М. Мамардашвили высказывает ряд соображений о праве и правосудии, суть которых сводится к тому в высшей степени важному для нашей сегодняшней жизни выводу, что высокоразвитое чувство формы означает в данной сфере жизни общества существование независимого и полновластного суда, способного противостоять беззаконию власти.

«Очевидно, — пишет М. Мамардашвили, — такое чувство формы (а закон есть один из классических случаев формы) является очень деликатным и тонким продуктом, неким гумусом. Люди прекрасно понимают, — чтобы на земле что-то выросло, нужен культурный слой почвы, нужно создавать его сантиметр за сантиметром, довольно долго». И, обращаясь к примеру Пруссии, где в годы Фридриха Великого было как-то сказано: «В Пруссии есть еще судьи», автор говорит: «И чтобы в Пруссии времен Фридриха Великого такое могло быть естественным образом сказано, до этого, очевидно, должно было пройти еще лет двести. Мы же и сейчас подобного естественным образом сказать не можем, нам это просто в голову не придет. Так сколько же лет нам предстоит, если мы сегодня начнем?»¹.

Отсюда, помимо всего иного, как раз следует, что само право (именно как «форма»! Вот такой здесь парадокс и секрет) имеет *свою* материю — *материю права*, выраженную главным образом в *его структурных характеристиках*. И отсюда же следует, что сила права как формы (по выражению М. Мамардашвили, «возможность структуры», «нечто относящееся к полноте») — это сила собственной материи права, когда право *слито* с ее внутренней организацией, структурой.

¹ Мамардашвили М. Указ. соч. С. 93.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ

ДРАМА НАУКИ. ПОИСК

Догма права — первичная основа юридических знаний

Итак, юридическая наука возникла и утвердилась среди других отраслей человеческих знаний как специальная прикладная дисциплина, предметом которой является догма права.

И это сразу же придало правоведению качество основательной сферы знаний, осваивающей в связи с потребностями практики, как и иные прикладные науки, фактические данные, относящиеся к одному из секторов объективной реальности (законы, судебные прецеденты, правовые обычаи, их применение, толкование и т.д.). Эта дисциплина получила признание в качестве *юридической догматики* (юридического позитивизма), или, что то же самое (по современной терминологии), *аналитической юриспруденции*.

Начиная с древних исторических эпох аналитическая юриспруденция вполне оправдывает свое назначение прикладной, технико-юридической науки. Она дает *атомистическую* проработку фрагментов действующего позитивного права. Такая проработка выражается в фиксации юридических реалий при помощи юридических понятий (текстов законов, судебных решений, обычаев в юридической области, прецедентов и др.), выявлении содержащихся в них юридических норм, в их толковании, определении присущих им общих, видовых и родовых особенностей, заложенных в праве юридических конструкций, других структур, принципов, выработке и закреплении юридической терминологии.

В результате аналитической проработки догмы права, если она проведена на должном научном и методических уровнях в соответствии с требованиями формальной логики, раскрывается детализированная юридическая картина того или иного участка, фрагмента законодательства, судебной практики (категории юридических дел), обнажается их юридическое содержание, отрабатываются наиболее целесообразные приемы и формы юридических действий, отбираются и приводятся в систему необходимые данные для правового обучения.

В то же время своеобразие юридических явлений как догмы права, их привязанность к юридической практике (да к тому же недобрые оттенки самого слова «догма» в политической и социальной жизни) стали предпосылкой к сдержанным, а порой и прямо пренебрежительным оценкам юридических знаний у представителей иных сфер знаний — математиков, физиков, биологов и др. Даже правоведы, основательно знающие юридическую проблематику, отмечают, что «позитивистская юриспруденция — это не более чем описательная наука, дисциплина низшего теоретического порядка»¹.

К тому же подобные оценки представляются верными, если имеются в виду действия юристов-чиновников, толкующих и применяющих законы в угоду одной лишь власти, когда такого рода «юридическая деятельность», противоречащая основополагающим особенностям и требованиям правоведения, приобретает порой резко одиозный оттенок (такой, например, как у нас, в России, в начале 2000-х гг. приобрело выражение «басманное правосудие»).

Между тем юридический позитивизм (аналитическая юриспруденция) представляет собой систему знаний, призванную занимать достойное место в общей системе наук (в принципе такое же, как и другие отрасли познавательно-прикладной культуры, в частности медицина, прикладные дисциплины материальной техники), да плюс к тому в области юриспруденции, имеющей характер гуманитарной науки.

По своему социальному значению правоведение на уровне аналитической юриспруденции оказалось одной из первых в истории специальных общественных (гуманитарных) наук, способных глубоко и тонко влиять на реальную действительность — законодательство, на его совершенствование, на практическую деятельность в области права в соответствии с требованиями законности и гуманитарными ценностями, а также на развитие других отраслей науки и культуры. В том числе она служит примером не только строгой точности и логической отработанности научных положений, но и их привязки к нуждам практики, когда наука на определенном уровне своего развития превращается в высокое юридическое искусство (один из первых русских правоведов З. Горюшкин так и называл ее — «законоискусство»).

Нужно добавить к сказанному и то, что на основе данных аналитической юриспруденции, полученных в конкретных юридических дисциплинах (науках гражданского права, уголовного права, процессуальных юридических дисциплинах и т.д.), сформировалась *общая теория права*.

¹ Туманов В.А. Буржуазная правовая идеология. М., 1971. С. 168.

И здесь, на уровне общей теории права, оказалось возможным не только свести воедино «выведенный за скобки» разнородный по своим отраслевым источникам юридический материал и интегрировать данные отраслевых наук — конституционного права, уголовного права, гражданского права и др., очертить важнейшие, необходимые звенья искомого предмета юридической науки, но и увидеть его общеюридическую значимость как *особого мира* действительности, отличающегося многими, порой уникальными особенностями. Прежде всего тем, что он относится к сферам социальной регуляции и долженствования.

Наиболее наглядно эти особенности (пусть и на первичном, порой элементарном уровне) проявились в разнообразных классификациях юридических норм, правоотношений, юридических фактов, характеристиках их юридической природы, их соотношений. То есть в положениях, которые со времен разработок древнеримских юристов, становления древнеримской *пандектистики* — обобщенных разработок римского частного права¹ (и, пожалуй, в не меньшей мере в разработках юристов-аналитиков XIX–XX вв.) — поражают своей стройностью, логическим совершенством, законченностью.

Обобщения правового материала наиболее высокого уровня выразились в теории аналитической юриспруденции, в выработке таких юридических категорий, как *объективное право* (и соответственно *субъективные права*), понятий *публичного и частного права*, а также таких основных *дефиниций права* — определений основных понятий, категорий, как «сделка», «деликты», «реституция» и др., которые не только ориентированы на то, чтобы выполнять прагматическую, операциональную и вместе с тем юридически значимую функцию (быть критерием правомерного и неправомерного поведения, а также ответственности за свои неправомерные действия и бездействие), но и обрисовывают специфику права как системы общеобязательных норм.

Издержки. Разрыв в науке

Отмечая необходимый, прагматически оправданный характер и достоинства науки позитивного права (юридической догматики, аналитической юриспруденции), надо вместе с тем иметь в виду, что тут есть и теневые стороны, возможны определенные издержки. Они выража-

¹ Пандектистика — сфера обобщенных юридических знаний, источником которой являются «Пандекты» — один из важнейших источников мудростей древнеримской юриспруденции, вошедший в Кодекс Юстиниана (VI в.).

ются в том, что фактическая основа юридических знаний, догма права, хотя и придает правоведению достойный науковедческий статус науки о реальных фактах действительности, оказывается все же ограниченной и к тому же во многом сконцентрированной в нормах закона — нормативно-формалистических особенностях правовой материи и что в соответствии со спецификой предмета юридических знаний для правоведения оказалась характерной формально-юридическая методология, основанная на правилах и требованиях формальной логики.

Отсюда — возможность крайнего формализма, кажушегося или действительного, не всегда оправданная юридическая усложненность правовых построений, а в связи с этим — казуистическая усложненность специального юридического обучения. И отсюда же — другие крайности, характерные для догматических разработок, когда эти разработки превращаются в схоластические упражнения, игру в понятия («юриспруденция понятий»), что порой довольно искусно используется в политических целях.

При этом надо учитывать и то, что аналитическая юриспруденция как технико-юридическая наука может существовать и развиваться при различных политических режимах, в том числе при режимах тиранического типа, фашистских, в условиях коммунистической диктатуры, где техника юриспруденции оказывается нужной по сугубо прагматическим потребностям и отчасти в политических целях. Это дает повод некоторым исследователям полагать, что юридический позитивизм характеризуется даже «духовной нищетой», когда, по утверждению ряда авторов, «у юристов этого поколения (имеются в виду юристы юриди-ко-догматической школы. — С.А.) не развивалось чувство личной ответственности, критический подход к праву» и когда «в целом позитивистская школа породила высококлассных специалистов по юридической технике, неспособных к самостоятельному мышлению»¹.

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 1. М., 1998. С. 38–39. По мнению авторов, «духовная нищета привела это поколение к сотрудничеству с националистами. Не обладая высокими духовными ценностями, они ничего не смогли противопоставить национал-социализму».

Отмечая сам факт использования в той или иной мере материалов юридического позитивизма, как и данных иных технико-прикладных наук, при реакционных режимах, надо видеть и то, что они никогда не использовались в настоящей науке так, чтобы реализовалась правовая суть юридических конструкций, других развитых юридических структур; тем более что социальные и духовно-гуманистические особенности правовой материи, выраженные в этих структурах, не очевидны, не всегда — порой, к счастью — обнаруживают себя для людей, не искушенных в тонкостях юриспруденции. Так что, обращаясь к приведенным выше суждениям о «духовной нищете» специалистов по юридической догматике, следует заметить, что правоведы Германии (так же как правове-

Но главное, что в итоге привело к довольно сдержанным (нередко с негативным привкусом) оценкам юридической догматики, — в другом. В том, что аналитическая юриспруденция, как это представилось в науке и общественном мнении XIX—XX вв., не дала и, казалось бы, не в состоянии была дать ответа на те вопросы времени, которые потребовала Новая эпоха — время коренного перелома во всей истории человечества, перехода к последовательно демократическим, либеральным цивилизациям, открытого Великой французской революцией.

При этом остался незамеченным (увы, во многом до нынешнего времени) тот фактический эффект юридической догматики, значение которого проявляется только сейчас, в наши дни. Эффект, который заключается в том, что в ходе и результате аналитической проработки правового материала вычленяются, пусть пока на формально-логическом уровне, юридические средства, в особенности правовые конструкции — ключевой элемент материи права, от которого решающим образом зависят реальность и практическое воплощение в жизнь самых великих и замечательных общечеловеческих, демократических лозунгов и принципов.

Но все это оказалось лишь научной перспективой юридических знаний, суть, научно-революционное значение которой раскрываются только в настоящее время.

Драматизм ситуации (а в связи с этим и драма науки) в годы буржуазно-демократических перемен конца XVIII—XIX в. выразился в том, что сам характер революционных преобразований обществ, вставших на путь демократического развития, *в противовес режимам произвола и насилия прежних эпох потребовал верховенства права* как высшей и незаменимой демократической и гуманитарной ценности. В тех или иных словесных формулах это требование сразу же зазвучало во всех революционных декларациях начиная с конца XVIII в.

Но почему сама логика революционных перемен сконцентрировала свое внимание на праве, на требовании его верховенства? Что это вообще такое, право, его верховенство под углом зрения столь значительных перемен в мире?

ды России) — те, кто принадлежит к «высококласным специалистам по юридической технике» (а не к чиновникам-юристам, служащим власти), — реально, на деле, противопоставили существовавшим режимам главное, что по самой своей сути противостоит тирании, — *право, отличное в отработанные, искусные технико-юридические формы*. И эта правовая суть, выраженная, казалось бы, в сугубо формалистичных построениях, «дремавшая» в обстановке нацистского режима, в полной мере сработала на немецкой земле, как только в результате Второй мировой войны и победы в ней демократических сил был сброшен фашистский режим и в Германии начались демократические реформы.

Оказалось, что правоведение как наука, сконцентрированная на изучении права с прагматических позиций, то есть юридическая догматика, не дает ответа на эти и им подобные актуальные вопросы Нового времени (хотя реально уже долгие века по существу оно подспудно готовило главное — важнейшие, ключевые средства и механизмы претворения в жизнь указанных ценностей, самой возможности их реализации в практическом отношении). Более того, в аналитической юриспруденции будто бы и в новых условиях нет импульсов к такой углубленной проработке права — она как бы замкнулась на одних лишь текущих проблемах законодательства, юридической практики.

Парадокс, но факт, что, несмотря на громкие декларации о праве в годы буржуазных революций и на появление на свет новых выдающихся документов и позитивных процессов в юриспруденции (конституций, кодексов, возвышения правосудия), в ней, в юридической догматике, в XIX–XX вв. вообще не проявилось устремленности к более полному постижению глубоких философских и социальных особенностей юридической материи, заложенных в ней высоких социальных, гуманистических начал.

Отдельные попытки в этой области (наиболее значимые из них — нормативистские концепции, прежде всего теория Кельзена) не дали сколько-нибудь существенных научных результатов, кроме, пожалуй, еще большей концентрации внимания на категории «норма» да обосновании особенностей права как мира долженствования. Даже то обстоятельство, что замечательные философские умы (такие, как Кант) неизменно опирались на достижения юридического позитивизма, не воодушевило специалистов по юридической догматике, не подвигло их на то, чтобы рассмотреть данные аналитической юриспруденции с основательных теоретических и философских позиций.

Так что, в условиях буржуазных революций и в последующее время, утвердилось убеждение, что догмы права (как реальной правовой материи) для реализации фундаментальных запросов Новой эпохи явно недостаточно. В жизни людей, притом в связи с юридическими проблемами, все большее значение стали приобретать духовные, гуманистические ценности и идеалы в том виде, который раскрывался в философских доктринах, передовой политической и социологической мысли.

Вот и пришлось, возрождая и активизируя философские тенденции Античности и Средневековья, развивать в правоведении *идеи естественного права*. А затем, уже в XX в., усилиями философов и пра-

воведов придавать такую ориентацию философско-правовым разработкам, в соответствии с которой философское осмысление права должно происходить минуя юридическую догматику, путем прямого применения в юриспруденции высоких свершений философской мысли, неизменно связывающих право с такими категориями, как «свобода», «справедливость», «моральные критерии добра и зла». А вслед за тем — прямого применения интеллектуальных достижений и более утонченных философских воззрений, таких, в частности, как категории диалектики, феноменологии, аксиологии, экзистенциализма, ныне — постмодернистских взглядов.

Отсюда и возникла в современном правоведении «ситуация разрыва», когда нет цельной науки права. Под одной рубрикой правоведения существуют два разноплоскостных подразделения науки. В сущности — два полюса юридических знаний.

На одном полюсе — юридический позитивизм — дисциплина, по распространенному мнению, невысокого науковедческого уровня (пусть и крайне нужная на практике, в правовом обучении и с какими-то попытками основательных теоретических разработок). А на другом полюсе — философия права, реализующая применительно к правовому материалу философские и социологические ценности и данные, прежде всего ценности высшего порядка — свободу, справедливость, моральные критерии добра и зла, а также данные психологии, герменевтики, другие достижения философских наук эпохи модернизма и постмодернизма.

В итоге — невысокий градус общественного признания современного правоведения, которое, действительно, во многом оказалось в стороне от общего стремительного потока развития наук XX–XXI вв., особенно наук естественного и технического профиля (по упомянутому ранее мнению О. Шпенглера, «то, что мы до настоящего времени называем правоведением, есть либо филология юридического языка, либо схоластика понятий права»¹).

И как будто бы судьба юридических знаний, судя по теперешнему их состоянию, — так и оставаться на обочине науки. Догматической юриспруденции по-прежнему суждено в этом случае быть технико-прикладной дисциплиной, замкнутой в основном на вопросах техники законодательства и практики юриспруденции, а разработкам, претендующим на статус современной науки, — философским, социологическим, оставаться (уже, увы, за пределами правоведения) в качестве сво-

¹ Шпенглер О. Указ. соч. Т. 2. С. 84.

его рода ответвления философии и социологии, распространяющего достижения философской и социологической мысли на сферу права.

Направление поиска

Ну а может быть, в правоведении нужен просто поиск? Поиск таких подходов в понимании права и разработки его теории, которые бы позволили правоведению как таковому — особой и самодостаточной области знаний — ответить на вопросы, выдвинутые Новой эпохой, и на этом пути использовать ее богатейший потенциал?

Да, все данные говорят о том, что поиск новых подходов в теории права — насущное требование современности.

Каковы же направления такого поиска?

Для того чтобы вывести правоведение на уровень современной науки — науки XXI в., необходимо, по предположению автора этих строк, не только взять на вооружение правоведения достижения человеческого духа — высшие ценности философского постижения мира, духовной культуры, морали, высокие гуманитарные идеи, другие достижения философии, социологии, всего комплекса гуманитарных наук.

Прежде всего необходимо просто-напросто в соответствии с исконной природой правоведения и в области теории юридических знаний *встать на путь действительной науки*. На путь в принципе такой же, как и путь всех других наук, изначально настроенных на решение технико-прикладных задач — естественных, технических — и именно здесь на собственном материале достигших ныне фантастического уровня развития. И на таком пути, если он возобладает в правоведении, опираясь на его многовековые достижения и расширяя вместе с тем в соответствии с логикой науки предмет и методы научного освоения действительности, *попытаться развить теорию, не покидая почву права, то есть через постижение самой материи права*.

Таким образом, суть идеи, которая лежит в основе поиска новых подходов к праву, не сводится к тому, чтобы просто распространить на предмет юридических знаний высшие ценности философской, духовной, гуманистической, моральной культуры (они, могут заверить, при последовательно научном подходе никуда не денутся — придут сами). Суть идеи развития современного правоведения — в том, чтобы с учетом новых материалов *попытаться выйти через анализ самой правовой материи на новый уровень нау-*

к и, что, кстати сказать, в какой-то мере уже и сделал замечательный философ нашего времени М. Мамардашвили, когда он — пусть и без использования всего необходимого в данном случае арсенала юридических категорий — на примере судопроизводства эпохи Фридриха Великого и философских трактовок «формы» показал, как мы видели, ничем не заменимую силу права.

И тогда, могу еще раз заверить (это входит в число наиболее сокровенных задумок и решающих результатов данной работы), окажется, что секреты права на таком уровне, его тайна — это и есть высшие человеческие ценности, которые как раз и отвечают глубоким потребностям в праве, его верховенстве в сообществе людей в нынешнюю эпоху существования и развития человеческого рода.

Во многом справедливы суждения О. Шпенглера, который полагает, что «за спиной у нас великое искусство, перед нами — непочатое правоведение» и что необходима в соответствии с требованиями будущего *«перестройка всего правового мышления по аналогии с высшей физикой и математикой»* (курсив мой. — С.А.). «Жизнь в целом: социальная, экономическая, техническая, — продолжает автор, — ждет того, чтобы ее наконец-то поняли в этом смысле; для достижения этой цели нам потребуется не менее столетия напряженнейшей и глубочайшей работы мысли»¹.

Да, не менее столетия, а быть может, и более того.

Только потребности в праве в нынешнюю пору настолько остры, а потенциал юридических знаний технико-прикладного характера уже настолько значителен (момент, увы, не очень-то учтенный О. Шпенглером), что работа по созиданию правоведения «по аналогии с высшей физикой и математикой» должна быть начата сейчас, в наши дни. И по всем данным, основное направление такой работы, ее исходные, ключевые звенья — основательное понимание материи права, ее содержания и логики. Так же как и в других отраслях знаний, в том числе в естественных и технических науках, математике и физике.

¹ Шпенглер О. Указ. соч. Т. 2. С. 86.

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ «ВСЯ» МАТЕРИЯ ПРАВА

Кредо современного научного подхода

Несмотря на то что фактическая основа юридических знаний, догма права придает правоведению достойный науковедческий статус науки о реальных фактах действительности, представления о праве, не идущие дальше юридической догмы, отличаются известной *узостью*: здесь, в данной (догматической) плоскости все правовые явления рассматриваются преимущественно (а порой и исключительно) под углом зрения юридических норм, выраженных в законе, иных источниках. Вполне оправданно поэтому такая характеристика права нередко называется *узнонормативной*.

Между тем правовая материя многообразна, в ее состав включается множество иных составляющих. Такие, например, «частицы», как *юридические санкции* или *индивидуальные акты* (скажем, договоры), которые не только представляют собой элемент юридических норм или разновидность связанных с нормами юридических фактов (как это трактует юридическая догматика), но и выступают в виде особых и весьма наглядных, порой «резко ощутимых» на практике реальностей, отличающихся особыми свойствами и функциями.

Не менее существенно и то, что при более внимательном анализе материи права оказывается, что в ней существуют не только указанные «частицы», но и *какие-то глубокие пласты*, которые «дают о себе знать» в догме права.

Юристы с давних пор стали подмечать, что при попытках обобщения и классификации данных, относящихся к догме права, то тут, то там возникает некая неизменная «троица» — три скрытых за формальными категориями элемента, которые неизменно проявляются в различных секторах конкретного правового материала, — *обязывания, запреты, дозволения*.

Так, при характеристике разновидностей законов стало обнаруживаться, что существуют законы обязывающие (например, законы, устанавливающие обязанность уплачивать налоги), законы запрещающие (например, законы, запрещающие свободную продажу наркотических средств), законы дозволительного характера (например, законодатель-

ство о свободе печати). В сущности, такой же результат получился при подробной классификации юридических норм. После того как в науке были обособлены правоохранительные и регулятивные юридические нормы, возник вопрос: каково деление самих регулятивных норм? Подробный анализ показал, что наиболее существенная с юридической стороны классификация — это деление регулятивных норм на три разновидности: обязывающие, запрещающие, управомочивающие.

Вновь упомянутая «троица» обнаруживает себя при разграничении отраслей права. Ряд исследователей обратили внимание на то, что не только законы, но и в целом отрасли права группируются по указанным трем рубрикам. И оказалось, что юридическая специфика отраслей, характерных для них режимов и методов регулирования решающим образом обусловлена тем, имеют ли они обязывающую, запретительную или дозволенную направленность.

Еще один факт. Реализация права, претворение его в жизнь — как это зафиксировала юридическая практика — разветвляется на три *формы*: исполнение, соблюдение, использование. Но это же не что иное, как эти же самые обязывания, запреты, дозволения! «Исполнение» — реализация юридических обязанностей; «соблюдение» — запретов; «использование» — дозволений.

Чем все это объяснить? Откуда взялась эта вездесущая «троица»? И что это вообще такое (как юридические категории) — обязывания, запреты, дозволения? Ведь они не могут быть подведены ни под одну из категорий, которыми оперирует, казалось бы, исчерпывающий фиксатор юридических реалий — правовая догматика, строящаяся в основном на материале юридических норм, выраженных в законах, иных источниках. Они — не нормы, не субъективные права, не юридические факты, не категории юридической техники, а нечто такое, что, как стержень, пронизывает всю правовую материю.

Не свидетельство ли все это того, что перед нами особый, находящийся «за» догмой права, в самих недрах юридического регулирования более глубокий пласт правовой материи?

Словом, наряду с многообразием правовых явлений, не сводимых к одним юридическим нормам, оказалось, что за такой скучной, формализованной, близкой к канцелярщине догмой права, то там, то здесь приоткрывается картина сложных и тонких связей, процессов, в том числе таких, которые сопряжены с неведомыми нам, глубинными «частностями», исходными механизмами в материи права.

Отсюда напрашивается предположение: быть может, именно *вся* правовая материя, не сводимая к одним только юридическим нормам, а пред-

ставленная во всем объеме, во всей многогранности и многомерности своих частиц, проявлений, слоев, и позволяет осуществлять строго научную, углубленную теоретическую разработку права, отвечающую потребностям современной эпохи? И не это ли образует своего рода *научное кредо* (решающую предпосылку к сути — изюминку, соль) современного научного подхода к праву? Тем более что как раз при таком подходе оказывается возможным рассматривать правовую материю *как таковую*, так сказать *непосредственно*, когда, надо полагать, *своеобразие права как объективной реальности раскрывается во всем объеме и напрямую, в своих наиболее существенных сторонах, вне их преломления через юридические нормы*.

Здесь, стало быть, происходит не только пространственное расширение взгляда на право, включение в поле научного анализа наряду с нормами других, кроме норм, «частиц» и слоев правовой материи, но и *качественное изменение самого видения права*, такое изменение, когда правовые представления освобождаются от императивной заданности на одни только нормы.

Следовательно, в связи с этим происходит как бы высвобождение подходов к праву — *самого метода его рассмотрения*, при котором позитивное право обнажается целиком, открываются его закоулки и тайники, во многом прикрытые юридическими нормами. И отсюда (а это главное!) — открывается возможность выяснения более обширного комплекса характерных для права связей и закономерностей.

И тут же возникает вопрос о понятиях, терминах. Каким, спрашивается, понятием можно охватить все элементы юридической материи, все его частицы, весь юридический инструментарий?

Наиболее приемлемым (хотя и не во всем безупречным, на первый взгляд, сугубо описательным) понятием оказывается категория *«правовые средства»* — категория *общего и универсального порядка, охватывающая весь юридический инструментарий — как юридические нормы, так и все иные инструменты, а главное, «структуры» (конструкции, организацию) юридической регуляции*.

Научоведческий аспект

Рассмотрение права под углом зрения *правовых средств* (притом с перспективой его конструктивного, математического понимания) в полной мере соответствует общим закономерностям развития науки.

Здесь, надо думать, уместны некоторые общие замечания о развитии науки в современную эпоху.

Потребности в области науки эпохи, наступившей после Просвещения, буржуазных демократических революций, — потребности капитализма, «деловой практики». В сфере отраслей знаний, имеющих технико-прикладной характер, эти потребности концентрируются на том, чтобы выйти за рамки, продиктованные предшествующими условиями Античности и Средневековья, схоластики и догм религии — увидеть реальные явления во всей их полноте и обнаженности. А это, как показало последующее развитие естественных и технических наук, и выводит науку (подчас через своего рода повороты и зигзаги) на более высокий уровень знаний, отвечающий запросам Нового времени.

Исходный пункт в таком развитии науки — это в соответствии с запросами эпохи *углубление в саму материю предмета данной сферы знаний*.

Между тем, как мы видели, юридическая догматика как таковая даже в бурные годы революционных перемен XVIII—XIX вв., возвестивших о верховенстве права, не идет дальше узконормативных трактовок. И более того, в эпоху Средневековья и даже в более позднее время правоведение стало уходить в некие закоулки сугубо абстрактных разработок, в сферу чуть ли не юридических спекуляций — в «юриспруденцию понятий».

В то же время результаты общетеоретических философских разработок догмы права (в особенности по вопросам своеобразия права как нормативной системы, структуры права, механизма правового регулирования), как это ни парадоксально, *стали, как и характеристики юридических конструкций, возвышаться до уровня разработок и категорий, не сводящихся к одной только догме права*. И в связи с этим начала давать о себе знать перспектива существенного углубления теории права под углом зрения идеи «правовых средств».

И вот тут следует принять во внимание, что в чем-то похожее парадоксальное сцепление обстоятельств и импульсов, предшествовавшее нарастающему углублению научных знаний, как раз и случается в истории науки вообще. Многие отрасли технических и естественных наук перед своим возвышением испытали на себе влияние подобных обстоятельств — начиная от интеллектуальных увлечений на попроще «науки ради науки», лженаучных сбоев (алхимия, астрология) до жестко эгоистических заказов промышленного капитализма и истребительных потребностей войны.

Значит, в указанном выше сцеплении событий в правоведении нет ничего странного и неожиданного. И значит, с этой точки зрения, своего рода знаком, а быть может, и судьбой юридических знаний является развитие других, также изначально прикладных, технико-практических наук (включая медицину, астрономию, технику градостроительства,

водоснабжения, ирригации и др.) — развитие, которое, пройдя порой через тупиковые, лженаучные, спекулятивные изгибы и повороты, а главное (даже в этих изломах) через взлеты ума и научного подвижничества, вышло в итоге на высшие достижения естественных и технических знаний — теоретическую механику, кибернетику, генетику, молекулярную химию. И притом в силу неведомых законов человеческого бытия оказалось, что именно такого рода высшие достижения ума и научные прорывы как раз и нужны в практическом отношении, так как отвечают потребностям новой эпохи развития человечества.

И вот рассмотрение права на новом уровне знаний, когда оно рассматривается не только под углом зрения догмы права (юридических норм, при всей их важности), но и в более широком ракурсе, то есть в качестве правовых средств, и знаменует именно *такого рода поворот* в науке — науке права.

Причем само обозначение элементов правовой материи в качестве правовых средств приобретает существенное значение. Казалось бы, здесь (в плоскости концепции правовых средств) перед нами те же самые явления, которыми оперирует аналитическая юриспруденция, — нормы и субъективные права, акты реализации права, юридические презумпции и т.д. Но «выведенные» из сферы юридической догматики и рассматриваемые в качестве категории «правовые средства», все они как бы обретают качественно новый облик. Сама трактовка элементов правовой материи в качестве правовых средств призвана, помимо иных моментов, обозначить их практическое значение, их предназначенность быть эффективными, нередко уникальными инструментами в решении сложных проблем нашей жизни (отсюда и иные выражения того же порядка: «юридический инструментарий», «правовые механизмы»).

Наиболее ярко, выразительно такое научное и одновременно практически значимое возвышение, казалось бы, сугубо технической категории происходит в отношении особого участка правовой материи — юридических конструкций. В отличие от аналитической юриспруденции, где они трактуются всего лишь как некое подсобное явление юридической техники при оформлении нормативных актов, юридические конструкции под углом зрения концепции правовых средств предстают как высший, универсальный правовой инструмент, выражающий резервы и потенциал юридической материи, ее уникальные возможности в решении сложных проблем нашей жизни.

Этот слой правовой материи требует особого, специального внимания. О нем и пойдет речь дальше.

ГЛАВА ПЯТАЯ ЮРИДИЧЕСКИЕ КОНСТРУКЦИИ

Юридические конструкции (к постановке вопроса)

Сначала — некоторые фактические данные.

Вот перед нами товарно-рыночные отношения. Какие здесь используются юридические конструкции? Принято считать — договор купли-продажи. Да, это особая юридическая конструкция (в отличие от мены, дарения). Но кроме того, для всей сферы товарно-рыночных отношений и тем более для всего частнособственнического конкурентного хозяйства характерны и иные юридические построения (отношения собственности, залога, владения, подряда, аренды, услуг и т.д. — и это все особые юридические конструкции).

Нередко при решении вопросов, связанных с тем или иным случаем жизни, перед лицом сразу оказывается несколько разнопорядковых юридических конструкций, готовых к тому, чтобы начать «работать».

Гражданин на оживленном перекрестке сбит автомашиной, получил тяжелую травму. Здесь сразу же вступает в действие уголовное право — виновник происшествия, водитель автомашины, может быть привлечен к уголовной ответственности (или не привлечен, если его действия подпадают под особую юридическую конструкцию — «основания освобождения от ответственности»). Одновременно с этим вступают в действие несколько порядков возмещения имущественных потерь потерпевшего, которые он несет в связи с лечением, потерей заработка (пособие по временной нетрудоспособности, пенсия), порядок договора добровольного страхования (если таковой заключен), порядок обязательного страхования гражданской ответственности, а вместе с ним и система самой «гражданской имущественной ответственности», предусматривающей весьма своеобразную, жесткую, привилегированную для потерпевшего ответственность (ее несет не причинитель, а владелец источника повышенной опасности, притом независимо от вины непосредственного причинителя в данном происшествии).

Какие же выводы можно сделать из приведенных данных?

Прежде всего очевидно, что в юриспруденции слово «конструкция» понимается в том же самом смысле, что и в технике, в материальном производстве, в инженерном деле, то есть как типовая схема и принципы действия, в данном случае как своеобразное построение прав, обязанностей, гарантий, ответственности, юридических фактов и процедур. Эта схема носит, как в любой «конструкции», характер постоянной, утвердившейся типовой схемы, модели, которая призвана удовлетворить интересы лиц, дать оптимальный результат, нередко с использованием того или иного варианта по выбору заинтересованного лица.

Далее. Очевидно, что существенные стороны действующих в обществе порядков, выраженных в юридических конструкциях, даже по такой, казалось бы, простейшей, элементарной жизненной ситуации, как причинение вреда гражданину в автотранспортном происшествии, прямо зависят от особенностей всего социального строя страны, уровня его развития, совершенства. И значит, от принятых в обществе идеалов, ценностей, их реального претворения в государственной организации, действующих законов, от того, в частности, насколько развита в обществе система страхования (обязательного и добровольного страхования гражданской ответственности), каков уровень развития и практика гражданского законодательства.

Наконец, самое существенное, что характерно вообще для понятия «конструкция» в любой сфере человеческой деятельности, это *интеллектуальное разрешение данной проблемы*, выраженное в оптимальной модели построения прав, обязанностей, ответственности, гарантий, соответствующих юридических фактов, юридических процедур. Модели, во многих случаях, как и в любой «конструкции», являющейся результатом творческих решений, подчас оригинальных, неожиданных, но всегда имеющих те или иные основания (например, такой модели по приведенному выше примеру, как безвиновная ответственность владельца источника повышенной опасности за противоправный вред). Причем модели, которая уже сама по себе — именно потому, что она модель, типовая схема, — обладает нормативностью, весьма особой, охватывающей само содержание юридического регулирования¹.

¹ Именно характеристика юридических конструкций как явлений высокого структурного и одновременно науковедческого порядка позволила Н.Н. Тарасову вычленить тот аспект нормативности, который ранее вообще не был зафиксирован в науке. Автор пишет: «Юридические нормы есть не что иное, как нормативно-текстуальное выражение юридических конструкций, юридическая, а не содержательно-социальная нормативность которых обуславливается характером применения конструкции (как модели решения юридической задачи)» (Тарасов Н.Н. Юридические конструкции в праве и научном исследовании (методологические проблемы) // Российский юридический жур-

Сплав реальностей, опыта и ума

Конечно, существование в праве, его «теле», конструкций, причем именно таких, которые по своему содержанию характерны для техники, инженерного дела (и чем в нашем мире оно с полным основанием может гордиться), — факт сам по себе поразительный!

Но этот факт еще в большей степени может быть признан существенным, если учесть, что такого рода построения элементов юридической материи отражают не только реальности — особенности регулируемых отношений, их требования (что во многом предопределяет разновидности договоров того или иного типа, особенности составов преступлений и т.д.), но и то, что может быть охарактеризовано как своеобразное соединение реальностей в области практических отношений, опыта и ума — интеллектуальной деятельности людей высокого уровня. Причем так, что этот сплав реальностей, опыта и ума воплощается в моделях (типовых схемах) — конструкциях, которые характеризуют наиболее развитое, совершенное «тело» права и одновременно его разумность (запомним этот момент, он окажется весьма существенным при последующих характеристиках особенностей права).

Важно при этом обратить внимание на то, что образование юридических конструкций в той или иной национальной юридической системе происходит во многом спонтанно, в ходе сложных практических отношений¹ и представляет собой по большей части довольно длительный процесс, который (и это не случайно) носит, как свидетельствуют исторические данные, формализованный, причем часто усложненно формализованный характер, что как раз в известной мере раскрывает технологию формирования юридических конструкций.

нал. 2000. № 3. С. 26–27). В другом месте он обращает внимание на то, что юридические конструкции (в отличие от норм процессуального права) «могут рассматриваться одним из средств... нормирования: не формального, через сформулированные правила юридической деятельности, а содержательного — как императивная логика права» (Там же. С. 36).

¹ А.Ф. Черданцев справедливо пишет: «Конструктивное выражение норм только что возникшего права не было сознательным, а складывалось стихийно. Первый законодатель если и мыслил образами юридических конструкций, то не осознавал того, что мыслит конструкциями». И далее: «Лишь с возникновением профессии юристов в правовой науке постепенно осмысливается характер системного изложения норм права, осознается их конструктивная связь, и наука вырабатывает юридические конструкции, которые становятся важным ориентиром, методом познания права» (Черданцев А.Ф. Логико-языковые феномены в праве, юридической науке и практике. Екатеринбург, 1993. С. 151).

Так, в Древнем Риме (юриспруденция которого как раз открыла эпоху разработки утонченных и совершенных юридических конструкций частного права) правовая защита предоставлялась лишь в тех случаях, когда истец получал от чиновника, находящегося на службе правосудия, но не являющегося судьей, — претора — специальный «исковой формуляр». И вот нечто удивительное: спустя много веков такое же развитие событий в мире юридических явлений, чуть ли не точка в точку, произошло в средневековой Англии. И там основу судебного процесса стали составлять «предписания» (*writs*) — приказы короля, в которых он кратко излагал суть тяжбы, поручал судебному чиновнику, судье или руководителю суда вчинить иск по данному конкретному делу и заслушать его в присутствии сторон. Причем, поскольку истцы в обоснование своих исковых требований приводили, как правило, одни и те же причины, очень скоро (точь-в-точь как в Риме) был разработан стандартный текст предписания, получивший на практике название «исковой формуляр» (*form of action*), в который требовалось внести только имена и адреса сторон.

И вот мы видим одно из наиболее существенных технологических явлений в истории и логике права. Здесь при выработке исковых формуляров в юридической практике Древнего Рима и средневековой Англии спонтанно, в ходе юридической практики, как бы сами собой происходят своего рода отбор, конструирование и фиксация определенных юридических построений, связей и соотношений отдельных молекул материи права — прав на то или иное поведение, обязанностей известного рода, правообразующих юридических фактов, ответственности и т.д. Отражая повторяющиеся, типовые правовые ситуации, исковые формуляры одновременно конституируют строго определенную *модельную схему*, или *типовое построение*, правомочий, обязанностей, ответственности, процедур, носящих математически строгий характер. Это и есть *юридические конструкции* в самом точном значении этого понятия. А эти последние — что не менее значимо — есть *структура* также в самом точном значении, когда все ее элементы образуют устойчивое строение, скелет, инфраструктуру *типа жесткого организма*.

Так, к примеру, уже во время становления юридического регулирования нередко возникала ситуация, когда требовалось решить вопрос о судьбе вещи, выбывшей из обладания собственника, в том числе в случаях, когда имущество оказывалось в обладании так называемых *третьих лиц*, то есть не находящихся в прямой связи с собственником. Скажем, в обладании у лица, которое приобрело вещь у вора, похитив-

шего ее у собственника или даже у одного из покупателей, который уже ранее приобрел у собственника эту вещь. Как тут быть? И собственник не по своей воле утратил вещь, и третье лицо приобрело ее добросовестно на законных основаниях... И вот в римском праве была выработана такая юридическая конструкция, в соответствии с которой собственник может истребовать свое имущество в принципе у любого «владеющего несобственника», с довольно строгой схемой возникающих здесь прав и обязанностей, зависимой от того или иного набора юридических фактов, в том числе от того, была ли вещь из обладания собственника по его воле или вне его воли. Эта юридическая конструкция утвердилась через исковой формуляр, который в силу некоторых исторических причин, связанных с древними ритуалами притязаний лица на свою вещь, получил название *виндикационного иска*. Указанный термин сохранился и поныне. Требование невладеющего собственника к владеющему несобственнику и сейчас юристами называется виндикационным иском.

Какое место занимают такого рода модели, типовые схемы в материи права? При углубленной научной проработке правовой материи становится очевидным, что юридические конструкции — не просто некий элемент юридической техники при оформлении юридических актов, а *органический, всеобщий, непосредственно нормативный и, главное, наиболее важный по значению элемент собственного содержания права*. Причем элемент, рождаемый во многом спонтанно, вместе с тем являющийся результатом интеллектуальной деятельности — процесса типизации — и в этом качестве готовый к тому, чтобы на основе нового опыта, данных науки, силы разума получить дальнейшее развитие, более высокий уровень совершенства.

Именно юридические конструкции образуют центральное звено (основу, стержень) материи права, достигшей необходимого (для реализации своих функций) уровня развития, совершенства. По справедливому мнению Н.Н. Тарасова, «юридические конструкции, впечатанные в ткань позитивного права... можно рассматривать как его первооснову, а их систему — как несущую конструкцию позитивного права»¹. Более того, как полагает автор, «с точки зрения собственного

¹ Тарасов Н.Н. Указ. соч. С. 35. Весьма примечательно, что Н.Н. Тарасов пришел к принципиально важным выводам о высокой значимости юридических конструкций с иных науковедческих позиций, чем это обосновывается в настоящей работе, — с позиций методологии юридических знаний. А это, думается, надежное подтверждение того, что перед нами назревшая проблема, подготовленная к решению логикой всей суммы юридических знаний. И по всем данным, тут, как говорится, «процесс пошел».

содержания права именно юридические конструкции могут рассматриваться как наиболее стабильные («надсоциальные» и в этом смысле культурные) единицы права»¹.

И потому юридические конструкции, их отработанность есть показатель совершенства законодательства (или прецедентной юридической системы). Так же как в технике, в инженерном деле совершенство законодательства в значительной мере выражается в том, насколько отработано само построение правового материала, то есть насколько в нем воплощены типовые схемы и модели, соответствующие данным науки и практики, требованиям эффективности, логики.

Возьмем для иллюстрации уже упомянутую юридическую конструкцию — гражданскую имущественную ответственность за вред, причиненный автомашиной в результате автотранспортного происшествия. В чем специфика этой конструкции? Согласно гражданскому законодательству юридические лица и граждане, деятельность которых связана с повышенной опасностью для окружающих (транспортные организации, промышленные предприятия, стройки, владельцы автотранспортных средств и т.п.), обязаны возместить вред, причиненный источником повышенной опасности, если не докажут, что вред возник вследствие непреодолимой силы или умысла потерпевшего.

Стало быть, построение юридических отношений при причинении вреда источником повышенной опасности такое: обязанность возместить вред возлагается прямо на владельца источника повышенной опасности (например, на автотранспортное предприятие, а не на водителя автомашины; на него лишь потом, в так называемом регрессном порядке (новая юридическая конструкция), то есть в порядке «обратного» взыскания с непосредственного виновника, предприятие может при наличии к тому оснований возложить ответственность). Притом возникновение этой обязанности, возлагаемой на владельца источника повышенной опасности, в виде исключения непосредственно не связано с виной причинителя; он может быть освобожден от ответственности только в том случае, если докажет (именно он, причинитель, докажет!), что вред возник вследствие умысла самого потерпевшего или же вследствие непреодолимой силы.

Так, в еще не опубликованной работе молодого ученого говорится: «Правовая конструкция представляет собой базисное юридическое построение в праве вообще... Правовая конструкция, как любая иная идея, разумна и вневременна, идеальна и витальна» (Степанов Д.И. Вопросы методологии цивилистической доктрины. Рукопись. С. 18).

¹ Тарасов Н.Н. Указ. соч. С. 30.

При внимательном анализе оказывается, что в гражданском законодательстве выражена весьма эффективная модельная схема. Она, во-первых, направлена на то, чтобы обеспечить с максимальным удобством интересы потерпевшего, который имеет дело только с владельцем источника повышенной опасности и которому не нужно доказывать вину причинителя, и, во-вторых, нацеливает организации и граждан, деятельность которых связана с повышенной опасностью для окружающих, на обостренную осмотрительность, на неустанный поиск средств дополнительной безопасности¹.

Именно юридические конструкции (наряду с характерным для права особым *нормативно-юридическим построением* социального регулирования) — основа уникальности права и его незаменимости в условиях цивилизации.

С этой точки зрения юридические конструкции — главный показатель совершенства права, уровня его развитости со стороны его *corpus iuris*. И его исключительного, уникального значения — значения нормативной системы, способной задавать *разумный алгоритм* в жизни людей, в обществе.

Вот и получается, что от совершенства юридических конструкций, их отработанности, разумности в огромной мере зависит эффективность права, его значение в жизни общества. В частности, так же как в технике, в инженерном деле успех задач, решаемых с помощью права, существенным образом зависит от того, насколько при его выработке использованы оптимальные типовые схемы и модели, а значит, данные науки и практики, требования эффективности, логики, насколько успешно, следовательно, сработали здесь опыт и талант правоведов.

И под этим же углом зрения через призму юридических конструкций раскрывается, скажем так, совершенный облик позитивного права

¹ Для подтверждения «разумности» рассматриваемой юридической конструкции представим себе, что законодатель использовал бы для указанных ситуаций иную юридическую конструкцию. Например, возложил бы обязанность возмещения вреда, наступившего в результате дорожно-транспортного происшествия, на непосредственного виновника, который в конечном счете все равно будет нести ответственность. При таком варианте, на первый взгляд, произошло бы даже упрощение правоотношений, не потребовалось бы многоступенчатости, при которой потерпевший взыскивает с владельца автомашины, а тот уже с водителя. Но такое «упрощение» означало бы, что законодательные положения по данному вопросу стали бы менее совершенными; они, помимо всего иного, не обеспечивали бы в должной мере защиту интересов потерпевших, ведь взыскание вреда с непосредственного виновника представляет значительно большие сложности, чем с владельца источника повышенной опасности, да к тому же при таком варианте при отсутствии вины возмещения вреда вообще бы не произошло.

со специальной юридической стороны, особенности права в его математическом понимании. Такие его особенности, когда, помимо всего иного, нормативность права в целом, как это показано в литературе, определяется в содержательном отношении «впечатанными» в него отработанными юридическими конструкциями¹. Так что вполне закономерен вывод (подтверждаемый историческими данными), что *собственное развитие права, самобытная история выработки его уникальных материи и силы — это во многом и есть история становления, развития и совершенствования юридических конструкций*.

Юридические конструкции — совершенство и уровни

Юридические конструкции разнообразны. Они с различных сторон характеризуют особенности и достоинства юридической материи, ее уникальность, возможности, степень развитости.

В определенной мере своеобразие юридических конструкций зависит от области права, ее предмета.

Так, в области п у б л и ч н о г о п р а в а в соответствии с особенностями самой его государственно-властной природы сложилась своего рода генеральная модельная схема. Ее составляющие: 1) императивное веление компетентного властного органа, 2) обязанность субъекта подчинения исполнить веление, 3) контроль и надзор за исполнением, 4) формы и порядок обжалования. В ходе правового развития той или иной страны, причем решающим образом в зависимости от уровня демократии, эта схема обогащается иными элементами (например, такими, которые позволяют оспорить властный акт, притом в судебном порядке), что влечет за собой формирование многообразных юридических конструкций, воплощающих оптимальные формы административной деятельности, административного процесса и административного правосудия.

Широкий комплекс юридических конструкций, выражающих виды правонарушений, оснований освобождения от ответственности и другие особенности юридической регламентации, утвердился в у г о л о в н о м п р а в е (основные из них — конструкции самого состава преступления, необходимой обороны, крайней необходимости и т.д.).

Весьма разветвленный набор утонченных и отработанных юридических конструкций сложился со времен Античности в ч а с т н о м п р а в е, в особенности в самой обители частноправового

¹ См.: Тарасов Н.Н. Указ. соч. С. 25–36.

регулирования — г р а ж д а н с к о м п р а в е (а также трудовом и семейном праве).

Здесь своеобразие юридических конструкций также в немалой степени зависит от особенностей данной правовой сферы, ее предмета (конструкции в области вещных отношений, договоров, наследования, семейных отношений и т.д.). Причем эти особенности — такие, в частности, как начала диспозитивности, независимости и самостоятельности субъектов — потребовали тщательной отработки модельных схем, обеспечивающих определенность, надежность, прочность, обеспеченность юридического регулирования, а также широкий диапазон юридических возможностей для субъектов. Отсюда, наряду со всем другим, максимально широкий, насколько это возможно, характер набора конструкций, такое их многообразие, которое открывает широкие возможности для их выбора сообразно интересам субъектов (и плюс к тому общая дозволенность конструировать в рамках действующего правопорядка «свои» модели, в том числе в соответствии с принципом свободы договора). В итоге — выработка классических, пожалуй, даже законченных классификаций моделей, вбирающих в себя основные и исходные правовые ценности на данном участке жизни общества.

Так, например, еще в римском праве отношения, связанные с использованием имущества и труда «других лиц» (договоры найма), получили выражение не в одной лишь «аренде» (как это по большей части, к сожалению, понимается ныне), а в трех главных разновидностях юридических конструкций, объединенных правовым понятием *locatio-conductio* (наемные обязательства): *locatio-conductio rei (rerum)* — наем вещей; *locatio-conductio operis* — наем услуг; *locatio-conductio operarum* — наем работы. Эти конструктивные разновидности послужили источником весьма своеобразных правоотношений самостоятельных типов (таких как обязательство подряда, в современных условиях — трудовые правоотношения, лизинг и т.д.). Но принципиально важно то, что они и ныне, причем именно в своем изначальном виде, отличаются большими юридическими резервами. Пример тому — те возможности, которые открыли арендные отношения в современных условиях, о чем пойдет речь в последующем изложении.

Обширный диапазон юридических конструкций наряду с правом собственности сложился в области вещных отношений. Это не только «сервитут», «узуфрукт» римского права, но и, например, особые права владения и пользования, утвердившиеся в ряде Скандинавских стран (оказавшиеся вполне совместимыми с современными товар-

но-рыночными отношениями), а также явно недооцененные виды вещных конструкций, сформировавшиеся в обстановке советского общества («оперативное управление», «полное хозяйственное ведение», «пожизненное наследуемое владение» — конструкции, правовая и социальная значимость которых, как известной альтернативы собственности, в прошлом оказалась недостаточно понятой и явно недооцененной, но юридическая жизнь которых, возможно, в незначительной мере еще впереди). Вдобавок к этому современная экономическая и социальная жизнь демонстрирует значение вещных прав в составе обязательств, таких как арендные обязательства (что нередко реально учитывается на практике, но полностью игнорируется иными идеологами), можно отметить и своеобразие «вещного следа» в ценных бумагах.

Вместе с тем юридическое и социальное совершенство юридических конструкций — это не только их многообразие, возможности и резервы, обусловленные сферой общественных отношений, их предметом. Не менее (а в чем-то и более) существенное значение имеет здесь *уровень* конструкций, выражающий степень их общности, абстрактности. Здесь два наиболее существенных момента.

Первый из них — в том, что по мере правового прогресса складываются юридические конструкции *общего значения*, такие, в частности, как конструкции абсолютных прав, автоматического действия, требование в порядке регресса, реституция, или даже, казалось бы, такие простые юридико-технические приемы построения в области права, как «исчерпывающий перечень», «общее с исключениями».

Другой момент не менее важный. Это формирование на основе и в связи с юридическими конструкциями *специфических принципов права*, которые напрямую входят в материю права, обогащают ее, характеризуют ее содержание с весьма существенных сторон интеллекта и духовной жизни и в связи с этим степень ее развитости, совершенства.

Речь при этом идет не об общих положениях, вырабатываемых на базе одних лишь теоретических концепций «за письменным столом» и затем включаемых законодателем в тексты нормативных актов (хотя и они могут влиять на правовую материю), а о правовых идеях, которые выражают *разумную суть* юридических конструкций и которые в ходе самого правового развития так или иначе объективируются, приобретают самостоятельное юридическое значение непосредственного основания решения жизненных ситуаций. Таковы, например, принцип общей оговорки, презумпция виновности по гражданско-правовым деликтам (замечу, что подобные принципы во многом и раскрыва-

ют реальное юридическое содержание прецедентного права — то, что выражено в *ratio decidendi* судебных решений, имеющих прецедентное значение).

Прошлое науки и практики? Их настоящее? Будущее?

Разработка юридических конструкций — это во многом заслуга юридической догматики, аналитической юриспруденции, причем в основном отраслевых юридических дисциплин (цивилистики — гражданско-правовых знаний, науки уголовного права, процессуальных дисциплин). Анализ той или иной группы юридических норм, принципов и правоотношений, относящихся к определенной категории юридических дел, по существу, как правило, и представляет собой вычленение и проработку своеобразной юридической конструкции. И хотя такая проработка ограничивается в аналитической юриспруденции по большей части формально-логическим анализом и соответствующими выводами, сама фиксация определенного правоотношения, состава преступления, особой процессуальной процедуры, юридической природы того или иного явления — это по существу не что иное, как констатация, обособление и известная формально-логическая характеристика своеобразной юридической конструкции — типовой связи прав, обязанностей, ответственности, юридических фактов.

С горечью приходится констатировать, что именно эта сторона юридических знаний нередко оценивается как «формалистика» и «схоластика», всего лишь «техника юриспруденции», будто бы в чем-то необходимая для текущей юридической практики и правового обучения, но все же не более чем сугубо описательный материал невысокого науковедческого уровня. Словом, на фоне стремительного развития современной науки — ее своего рода законсервированное, весьма ограниченное, убогое прошлое.

Да, аналитическая юриспруденция и выработанные ею юридические конструкции — это в немалой мере «прошлое». Но это такое «прошлое», которое оправдано требованиями цивилизации, имеет *оптимистическое будущее* — весьма многообещающую перспективу и которым наука может *гордиться*. Аналитическая юриспруденция содержит не только отработанные фактические материалы, искусно отработанные на формально-логическом уровне, и накопленные на этой основе ценности познавательной и регулятивной культуры (в том числе утвердившиеся еще в Античности и оправдавшиеся в многовековой истории), но и исходные, стартовые данные, которые *открывают оптимистическую восходящую перспективу*

развития правоведения как истинной высокозначимой науки. Ибо юридическая догматика уже нашла и во многом обрисовала центральное звено плодотворных научных разработок и в настоящем, и в будущем — юридические конструкции и специфические правовые принципы. То есть как раз то звено, которое только и может определить в области юридических знаний плодотворное восходящее развитие¹.

Нужно только в качестве следующего шага в самой постановке данной проблемы перевести характеристику правовых явлений на уровень их трактовки в качестве правовых средств, увидеть здесь наряду с формальной логикой также и логику права, а главное, концептуально *настроиться* на то, что именно таким путем, в основном через юридические конструкции, только и возможно вывести юридические знания на уровень, соответствующий требованиям современной эпохи, и, значит, на уровень максимально высокого их служения практике, решения сложных жизненных проблем.

Своеобразной же вершиной в перспективе данной проблематики станет (на мой взгляд, неизбежно станет!) выделение в сфере юриспруденции не только учреждений юридической практики (судов, прокуратуры и др.) и учреждений науки, юридического образования, но и — на их основе — *конструкторских институтов и бюро по праву*, призванных вырабатывать оптимальные юридические конструкции, которые способны решать самые сложные жизненные проблемы.

Упущенные шансы

Принципиально важно знать, что уже сейчас накопленные в юриспруденции данные о юридическом инструментарии позволяют решать многие из современных жизненных проблем, иногда весьма сложных, острых, порой ключевых в нашей практической, деловой жизни.

¹ По данному вопросу нет необходимости уточнять авторскую позицию. Мне и ранее не раз доводилось писать о необходимости использования данных аналитической юриспруденции в правовых исследованиях самого высокого ранга — философских и по социологии права. И что в связи с этим следует рассматривать «юридический позитивизм», с одной стороны, а с другой — философию и социологию права в качестве единой системы правовых знаний. Теперь же, после более основательного изучения вопросов материи права и особой юридической логики, вопрос ставится иначе. Данные аналитической юриспруденции (в особенности относящиеся к проблематике юридических конструкций) — это *есть единственно возможное начало истинно научных и вместе с тем высоко значимых практических исследований в области права. Причем такое начало, в котором уже наличествует главное — фундамент и определившаяся перспектива дальнейших углубленных проработок.*

Вот одна из них — проблема приватизации, по всем данным, действительно, ключевая, решающая, крайне острая и трудная в российской действительности.

В самом деле, когда в начале 1990-х гг. начались «кардинальные реформы» в экономике, предстояло решить, как, каким путем, при помощи каких экономических институтов и юридических средств перейти от экономической системы, построенной на тотальном огосударствлении, когда все народное хозяйство выступает в качестве «одной фабрики», к продуктивному, конкурентному, товарно-рыночному хозяйствованию, построенному на частной собственности, ее стимулирующей роли.

Увы, судя по всему, «кардинальные реформы», начатые в 1992 г. в России, происходили в отсутствие такой последовательно научной и основательной проработки механизма приватизации. Разом решалась кардинальная, во многом политизированная задача — наряду с повсеместной отменой государственного управления в народном хозяйстве и созданием известных элементов рыночной инфраструктуры (коммерческих банков, бирж) как можно быстрее преобразовать государственные социалистические предприятия в акционерные общества и таким путем в короткие сроки выйти на уровень передовой капиталистической экономики.

Надо признать, что возможность с помощью одних лишь правовых средств преобразовать социалистическое государственное предприятие как таковое (всего лишь частичку «одной фабрики» в масштабах всей страны) в нечто качественно иное, противоположное — частнособственническую коммерческую организацию — проблематична в принципе. А если это возможно, то адекватно ли поставленной задаче использование сразу конструкции «акционерное общество»? Ибо по своей экономической и юридической природе институт «акционерное общество», сложившийся в развитых капиталистических странах для концентрации капиталов, обеспечения рационального управления и свободного движения имущественных прав в отношении уже существующей акционированной («складочной») собственности, ни с какой стороны (кроме одного пункта, о чем дальше) не приспособлен для преобразования собственности. Тем более такого коренного, как переход от всеохватной государственной собственности к собственности частной, когда бы раскрылась ее мощная стимулирующая роль в производстве.

Отсюда и то, что кампания по «сплошному акционированию» в России, проведенная в 1992–1996 гг., обернулась в основном сменой выве-

сок, всевластием руководителей предприятий (объявленных коммерческими обществами) да тем еще, что бывшие государственные предприятия стали объектом свободных, нередко спекулятивных операций, связанных с продажей и покупкой акций, подчас силовых захватов, переделов собственности, а также ликвидации или консервирования по жестким законам конкуренции.

Вот и получилось, что проведенная «приватизация», хотя и дала некоторые позитивные результаты в области рынка, не только не устранила действительного государственного владычества в хозяйстве и не дала частнособственнических стимулов в производстве, но именно через «вольный простор» при продаже и покупке акций открыла благоприятные возможности для овладения и передела собственности сильными мира сего — в основном выходцами из комсомольско-партийной номенклатуры, чиновничества, криминальных кругов, спекулятивных элементов — и отечественных, и зарубежных.

В итоге — непрекращающееся кризисное состояние экономики и социальной жизни, смягчаемое фантастически благоприятной внешнеэкономической конъюнктурой при реализации углеводородного сырья — нефти и газа, а отсюда — утрата перспективы успешного собственного постиндустриального, инновационного экономического и социального развития страны, формирование строя номенклатурного (корпоративно-олигархического), полукриминального и одновременно полугосударственного капитализма.

Но, быть может, вообще нет надежных и плодотворных способов и в особенности каких-то юридических конструкций, которые бы смогли обеспечить успех приватизации в обстановке, характерной для советского общества, тотально огосударственной экономики?

Нет, положение дел здесь принципиально иное.

Как раз опыт первых лет отечественных преобразований (1989—1990 гг.), ныне в большинстве случаев трактуемый как некие «полумеры», показал, что есть способ, выработанный в то время, который дал воодушевляющие результаты.

Это способ приватизации, основанный на аренде (да, да, именно аренде!), относящийся к «классике» построения и преобразования правовых связей в области имущественных отношений, хотя и со своеобразной вариацией.

Казалось бы, ну что тут особенного — аренда и есть аренда, временное пользование чужим имуществом, известное с глубокой древности (вспомним, одна из разновидностей найма по древнеримскому частному праву, *locatio-conductio rei* — наем вещей). Возникает сомне-

ние, какая может быть приватизация: при аренде в условиях тотального огосударствления сохраняется система подчинения арендаторов ведомствам, чиновничеству.

Но суть дела в том, что аренда включает т р и принципиально новых момента. Во-первых, это вещные элементы (что является, наряду с собственностью, условием самого статуса «хозяина», хозяйской самостоятельности и особой защиты прав владельца имущества). Во-вторых, и это главное, в аренде 1989–1990 гг. наличествовала своего рода изюминка, упомянутая «вариация». В соответствии с логикой аренды, ее вещными элементами и с тем порядком арендных отношений, который был разработан в то время, *вся продукция, произведенная на арендованном имуществе государственного предприятия* (еще раз, внимание!) *с т а н о в и л а с ь с о б с т в е н н о с т ь ю* арендаторов – граждан или их групп как частных лиц. В том числе (и тут третий принципиально важный новый момент) и работников предприятия, заключивших арендный договор, которые в этом случае образуют самостоятельное, независимое ни от кого юридическое лицо – организацию арендаторов.

При такой модели арендных отношений (даже в обстановке тотального огосударствления!) происходит формирование на базе государственных имуществ *частной собственности непосредственно в производстве*, причем – и это в высшей степени важно – *в труде*, когда обретаемая собственность является *заработанной*. Это (как и возможность выкупа арендованного имущества) резко активизирует труд и его организацию, приводит к значительному повышению производительности труда и, что особо существенно, к тому, что доходы арендного предприятия, обретающие статус частной собственности, обращаются в основной своей части на модернизацию производства, инновацию, приобретение нового оборудования, освоение передовой технологии, секретов маркетинга (надежное, безошибочное свидетельство того, что тут настоящая, полнокровная частная собственность).

И вот результат. После введения такого рода арендных отношений сразу же, в 1989–1990 гг., *начался заметный и все возрастающий рост производства в тех секторах народного хозяйства, где получили развитие арендные предприятия. И отсюда – что особо существенно – формирование малого и среднего бизнеса, основы продуктивной частнособственнической, конкурентной («рыночной») экономики и среднего класса в социальной структуре общества.*

Истории еще предстоит ответить на вопрос, что стало главной причиной того, что нарастающий процесс формирования арендных

предприятий, а отсюда — свободной частной собственности в производстве был вскоре, уже в 1991—1992 гг., прерван. То ли тут решающее значение приобрели акции чиновничества, нутром почувствовавшего, что именно с этой стороны грядет крушение основы их благополучия — монопольной государственной собственности в экономике. То ли роковую роль сыграли «кардинальные реформаторы», вознамерившиеся с опорой на власть путем сплошного акционирования разом оказаться в развитом капитализме передового образца (по инициативе с этой стороны в 1992 г. все арендные предприятия президентским распоряжением были преобразованы в акционерные общества).

Но что было, то было. Шанс резко активизировать производства на основе частной собственности (активизировать не одним лишь путем неких иностранных инвестиций, а прежде всего через собственный потенциал разума и труда) и создать основы свободной частнособственнической конкурентной экономики оказался упущенным. Причем в обстановке, когда (и это уже реально происходило) возможен был переход от арендных предприятий к иным видам коммерческих организаций, в том числе и к акционерным обществам.

Только в начале 2000-х гг. в России начали приниматься меры по структуризации созданных ранее акционерных обществ, по внедрению в эту сферу корпоративных принципов, созданию эффективных товаропроизводителей, чтобы реально осуществить именно ту задачу, которую как будто бы и призвана была решить ранее проведенная «приватизация».

Урок? Да, урок горький, поучительный.

Но, увы, как у нас повелось, урок оказался (и до сих пор оказывается) «не впрок».

В середине 1990-х гг., когда уже стали очевидными неблагоприятные результаты «приватизации» в промышленности, история повторилась. При попытке перевести на частнособственническую основу советское «колхозно-совхозное» сельское хозяйство (действительно, корневая проблема экономических преобразований в нашей стране) вновь негативную роль сыграла неотработанность юридических механизмов. Результатом «приватизации» здесь стало не абсолютное вещное право — основа статуса «хозяина» (право собственности и его производные, такие как право пожизненного наследуемого владения), а «доля в праве» (земельная доля) граждан в объединениях, фактически владеющих землей. Но эта конструкция, «доля в праве», относится по своей сути к построениям обязательственного порядка, непо-

средственно не выраженным в вещных отношениях, которые только и могут стать основой статуса «хозяина».

Вот и получилось, что такого рода преобразования привели не к утверждению продуктивных частнособственнических начал в сельском хозяйстве, а к процессам, аналогичным тем, которые происходят в по-большевистски акционированной экономике, — к продажам и скупкам «долей в праве», в итоге — к переделу земельной собственности, сосредоточению ее у бюрократического чиновничества, «новых латифундистов», выходцев из номенклатуры, криминальных кругов.

А отсюда такой вывод. Наряду с некоторыми другими просчетами в реформировании экономики очевидна цена нашего невежества в юридической области, большевистского неуважения к праву, пренебрежения юридическими знаниями, инструментальным богатством юриспруденции и, следовательно, пренебрежения теми возможностями, которые открывает отработанный юридический инструментарий для решения наших жизненных проблем.

Не дают ли приведенные данные возможность сделать выводы и более основательного порядка? Выводы о том, что решение актуальных проблем нынешнего времени не должно ограничиваться одними принципиальными вопросами теории экономики, политики, государственного и правового устройства. В современных условиях, быть может, главное — это по-настоящему конструкторская работа, выработка оптимального инструментария решения актуальных проблем. А в связи с этим есть предпосылки и для выводов о содержании наук, затрагивающих экономическую сферу. О том, в частности, что пункты средоточия отработанного конструктивного инструментария при решении экономических и социальных проблем — это не одни только экономические дисциплины (как принято повсеместно считать), а в единении с ними в первую очередь науки юридические — правоведение.

И если эти выводы сделаны обоснованно, то, спрашивается, не являются ли именно юридические конструкции (а стало быть, и все право в его конструктивно-математическом понимании) фокусом и, не исключено, одним из главных направлений научной и практической созидательной деятельности на пути формирования передовой инновационной экономики и всего современного гражданского общества? Общества, которое является «гражданским» во многом именно потому, что оно призвано быть п р а в о в ы м.

ГЛАВА ШЕСТАЯ

ЛОГИКА ПРАВА

Мир права. Формальная логика и логика права

По самой своей природе и практическому назначению позитивное право как нормативное образование призвано вносить в общественную жизнь предельную определенность и в силу этого выступать в виде логически стройной и законченной, непротиворечивой и последовательной системы норм, принципов, институтов и отраслей. Стало быть, позитивное право — это *логическая система*, которая должна соответствовать требованиям *формальной логики* или, шире, математической (символической) логики¹. Потому-то выводы, вытекающие из норм права, должны выражаться не в вольных и неопределенных суждениях, а, как уже говорилось ранее, в строгих, безальтернативных заключениях: только «да» или только «нет».

С этой точки зрения право, его догма, является *царством формальной логики* — своего рода математикой в области права, в практической деятельности юристов. И, соответственно, методы, используемые в аналитической юриспруденции, предметом которой и является догма права, близки к тем, которые относятся к математической логике и математическому мышлению. А отсюда и фокусом работы по совершенствованию законодательства и практики его применения во многом является повышение уровня «формальной логичности» данной юридической системы, ее подразделений, устранение существующих здесь противоречий, нестыковок, несогласованностей, словом, достижение предельно возможного совершенства действующего права с точки зрения формальной логики.

Вместе с тем характеристика права как логической системы не исчерпывается тем, что оно, как никакое иное социальное явление, воплощает в самой своей органике требования и правила формальной логики и подчиняется математическим методам, но также подразумевает, что ему *присуща своя, особая логика* — логика права.

¹ См.: Лобовиков В.О. Математическое правоведение. Ч. 1: Естественное право. Екатеринбург, 1998. С. 17.

Что это такое, логика права? Общим образом — это математического типа специфические закономерности права как своеобразной (в чем-то парадоксальной) объективной реальности. Стало быть, закономерности не в виде тенденций или направлений развития. И не в виде регулятивных особенностей, выходящих на область практической юриспруденции. Хотя, надо заметить, и там, и здесь она, особая юридическая логика, проявляется, дает о себе знать.

Логика права — это *строгая логика жизни права*, то, что выражает закономерности его бытия и функционирования, раскрывающихся непосредственно в *правовой матери*и. Причем так, что определенные факты, процессы в материи права неизбежно, неотвратно ведут к другим фактам и процессам или даже к явлениям высокой юридической и социальной значимости — *предопределяют их наступление*.

Существование логики права в указанном выше значении сопряжено главным образом с тем, что право — это особый мир, удивительно своеобразный и уникальный в окружающей нас действительности, — *мир права*. Одна из наиболее существенных особенностей этого особого «мира», наряду с другими важными характеристиками (о некоторых из них — дальше), заключается в том, что в отличие от других сфер действительности, представляющих собой *сущее*, для мира права (которое тоже является фактом наличной реальности) характерно *долженствование*, выраженное в *нормах*. Юридические нормы, образующие позитивное право, «говорят» не только и под известным углом зрения даже не столько о том, *что есть, реально существует*, а о том, что *должно быть*.

Эта черта позитивного права и, во всяком случае, сама по себе нормативность послужили основой для «чистой» теории права (наиболее последовательно изложенной в концепции Г. Кельзена) — теории нормативизма, в которой также обосновывается своего рода логика — логика норм, каждая из которых выводится из другой, вышестоящей, вплоть до верховной, основной нормы.

Философская и общетеоретическая ограниченность теории нормативизма, особенно в ее крайних, чистых вариантах, к сожалению, привела к тому, что многие гуманитарии, в том числе и правоведы, при научном истолковании права теперь вовсе не принимают во внимание то действительно важное обстоятельство, что право относится к сфере долженствования.

Между тем суть вопроса в данном случае заключается не в том, чтобы признавать или не видеть отмеченную особенность (принадлеж-

ность права к сфере долженствования — характеристика очевидная), а в том, чтобы в полной мере учитывать *исключительное своеобразие мира права*, в котором *долженствование приобретает о с о б ы й х а - р а к т е р*.

В чем заключается этот особый характер долженствования, свойственный миру права? Причем «особый» настолько, что с переходом человечества в условия цивилизации у общества не оказалось иного выхода, кроме как «вызывать к жизни» позитивное право. Ибо нормативные регуляторы, сложившиеся в первобытном обществе (такие как обычаи, традиции, нормы первобытной морали и др.), оказались неспособными обеспечить в новой обстановке надлежащую упорядоченность социальной жизни, ее нормальное, по требованию того времени, существование и развитие. При этом «должное», характерное для мира права, призвано и в изначальном своем виде, и в процессе перехода в фактическую действительность *реализовать предназначение права*, в том числе с регулятивной стороны. И, значит, помимо всего иного (которое, впрочем, как мы увидим, имеет решающее значение), обеспечить предельную определенность складывающихся фактических отношений, а также прочность, надежность гарантий и преимуществ, которые дает право людям¹.

Итак, для позитивного права как своеобразного социального явления характерны одновременно «две логики».

Одна — формальная логика.

Другая — особая логика права.

Они существуют в области юриспруденции одновременно и параллельно, хотя и в известной внутренней связи. В частности, тут наличествует такое соотношение: чем совершеннее позитивное право с формально-логической стороны, тем полнее раскрывается специфическая логика права. Более того, логика права только и возможна тогда, когда в нормативном образовании, именуемом «правом», всецело царствует логика формальная. И потому, помимо всего иного, логика права, выражая жизнь этого социального феномена, ни в самой малости не может «отменить» или «перекрыть» все то, что относится к формально-

¹ Заметим, что для мира права характерна и реальность («сущее»), характеризующая зримыми, осязаемыми внешними признаками, с которыми сопряжено само бытие позитивного права. Это источники права, то есть внешние формы права, в первую очередь писанные нормативные юридические акты (законы), в силу которых должное в праве обретает строго юридический характер и сообразно этому оснащается системой правовых средств, придающих позитивному праву предельную определенность по содержанию, а также прочность и надежность свойственным праву гарантиям и преимуществам для людей.

логическим характеристикам права как действующей в соответствии с требованиями законности нормативной системы.

Теперь наступила пора непосредственно обратиться к логике права, ее проявлениям.

Логика права — разные порядки

Особая логика права дает о себе знать даже если оставаться в пределах одной *только догмы права*. Она, например, проявляется, когда наряду с понятием «право» формулируется понятие «правовая система». В самом деле, почему, спрашивается, только три правовых явления — собственно позитивное право, правовая идеология и юридическая практика — образуют некоторое единство и в своем единстве характеризуют особенности права данной страны? Потому что, как свидетельствует подробное рассмотрение данной проблемы, это элементы «активные», являющиеся источниками юридической энергии, основаниями, так или иначе определяющими правомерность или неправомерность поведения субъектов. Но такого рода критерии и выражают как раз особые жесткие закономерные связи в праве (именно в праве и нигде более!), которые и являются «логикой», то есть такими жесткими закономерными связями, которые сообразно специфике данного предмета неумолимо «ведут» (не могут не вести) к наступлению предопределенных ими последствий.

А почему, продолжим рассуждения, элементами первичной единицы правовой материи — нормы права, ее структуры (заметим, *логической* структуры!) являются гипотеза, диспозиция, санкция? Ответ на поставленный вопрос аналогичен. Потому, что речь идет о праве, о его способности даже на элементарном уровне осуществлять юридическое регулирование, отличающееся твердостью, определенностью по содержанию, государственной гарантированностью, то есть осуществлять регулирование сообразно особой логике — логике права.

Но все то, о чем только что говорилось, — это проявления особой, юридической логики именно в пределах догмы права, где в среде формально-определенных норм, выраженных главным образом в законах и в судебных прецедентах, в общем властвует формальная логика. Здесь по большей части юридическая логика выражается в структурных (онтологических) особенностях права. И это вполне объяснимо хотя бы потому, что в догме права реальность правовых явлений, их особенности как объективной данности обнаруживаются наиболее отчетливо, зримо.

Но когда расширяется угол зрения и когда в связи с этим вырисовывается все богатство юридических средств, то открывается *новый порядок (уровень)* логики права — раскрываются новые глубокие пласты юридической материи, в том числе те, которые характеризуют право в движении, в процессах, где отдельные правовые явления сцепляются, синтезируются и где на первое место выступают и приобретают доминирующее значение своеобразные черты права.

Здесь можно выделить две основные черты такого более высокого уровня логики права.

Первая из них — это то, что на указанном уровне с большей отчетливостью раскрывается заложенная в правовой материи «заряженность» («заданность») на *становление юридически должного фактической реальностью*.

Это, например, последовательная связь между юридической нормой, юридическим фактом, правоотношением и его фактической реализацией (послужившая основой для выработки понятий «механизм правового регулирования» и «правовые средства»). Известно, что норма права срабатывает только при наличии юридического факта, когда появляется правоотношение. А уже правоотношение, его элементы — субъективные права и обязанности — реализуются нередко при помощи многих иных правовых средств.

Например, нормы пенсионного законодательства срабатывают и порождают правоотношение — реальные права пенсионера и обязанность учреждений социального обеспечения выплачивать ему суммы пенсий — только тогда, когда наличествуют определенные, предусмотренные законом факты — возраст, трудовой стаж и состоявшееся решение учреждения социального обеспечения. Наконец, пенсионные права с помощью административных органов (а порой и суда) реализуются в жизни и пенсионер в итоге получает определенную сумму пенсии.

И вот как раз при широком подходе к материи права весьма отчетливо обнаруживается, что юридические нормы *не могут не быть* заряженными правоотношениями, а те в свою очередь — заряженными актами реализации. Потому-то в своей последовательной связи они и образуют своеобразную логическую цепь — механизм правового регулирования. В глубоких пластах правовой материи, как становится все более ясным, существует нечто такое (логика!), что закономерно *ведет* к следующим звеньям цепи правовых явлений, а в конечном итоге — к определенным, как бы заранее «запрограммированным» результатам.

Весьма убедительно своеобразие «должного» в праве показал И.А. Покровский. С его точки зрения, право «есть не только явление из «мира сущего» (из мира того, что реально есть. — С.А.), но оно в то же время и некоторое *стремление* в «мир должного». Оно есть не просто социальная сила, давящая на индивидуальную психику, а сила стремящаяся, ищущая чего-то вне ее лежащего»¹.

Здесь, кстати, наглядно проявляются своеобразные черты действующего права (допустим, в отличие от исторических документов — ранее действовавших законов или проектов законодательных документов). Юридические нормы складываются, издаются или признаются, вводятся в действие именно для того, чтобы содержащиеся в них положения о должном становились при наличии определенных условий реальностью, фактически воплотились в действительность. «Заданность на реальность» является важнейшей специфической чертой долженствования, характерной для позитивного права (как права действующего).

Под данным углом зрения существенное значение имеют отмеченные ранее структуры, характеризующие глубины правовой материи (особенно такие, как юридические конструкции и специфические правовые принципы), когда отдельные явления, процессы в праве сцепляются, синтезируются и рассматриваются в движении и когда открывается перспектива понимания того, к чему все же *ведет* в конечном итоге логика права в таком высоком значении.

Вот тут юридическая логика высокого порядка находит выражение еще в следующей — в т о р о й — ее черте (кроме *заряженности на реальность*), характерной для мира права.

Эта особенность специфической логики права, имеющей в высшей степени важное значение для понимания места и роли права в современном мире, требует особого, самостоятельного рассмотрения. О ней сейчас и пойдет речь.

Парадоксальная грань долженствования в праве

Здесь прежде всего нужно припомнить, что самые глубины и своего рода сквозной стержень правовой материи образует «троица» — позитивные обязывания, запреты и дозволения.

¹ Покровский И.А. Указ. соч. С. 60. И далее, на с. 61: «...всякая норма права предстает нашему сознанию не только с точки зрения ее «данности», но и с точки зрения ее «должности»; мы не только стремимся ее познать как она есть, но в то же время оценить, как она должна быть».

И, строго говоря, характерная черта мира права — долженствование (и особенно «заряженность», заданность права на воплощение должного в фактическую реальность) напрямую относится к двум составляющим этой «троицы» — к позитивным обязанностям и запретам. В качестве прямых их аналогов выступают *предписания* в точном значении этого слова, то есть *юридические обязанности*, предписывающие активное поведение (позитивные предписания) или запрещающие поведение известного рода (юридические запреты).

Но ведь есть еще третья составляющая «троицы» — д о з в о л е н и я! И спрашивается: как с учетом этого понимать главную особенность мира права — долженствование?

Тогда-то, при таком повороте в самой постановке проблемы, и оказывается, что своеобразная юридическая логика во многом связана не только с заряженностью права на реальность, но и с тем, что относится к юридическим дозволениям. И, значит, с тем, что наряду с ранее отмеченными особенностями есть еще один аспект долженствования в праве (на что, к сожалению, даже последовательные сторонники нормативизма не обращают внимания, хотя здесь — одна из принципиально важных особенностей права, намечающих путь к пониманию самых его глубин, его смысла).

Это то обстоятельство, что *долженствование в праве охватывает не только, а при развитых юридических формах, пожалуй, даже не столько свои прямые юридические аналоги — предписания* (то, что в самом точном значении является «должным» — юридические запреты и позитивные обязанности). *Долженствование в праве* (прошу внимания!) *охватывает нечто, на первый взгляд с ним противоположное, даже несовместимое, — д о з в о л е н и я.*

Отсюда своеобразие юридической материи, которая выражается не только в предписаниях к активному поведению и в запретах, но и в *юридических возможностях*. Более того, с точки зрения специфики — *прежде всего* в юридических возможностях. То есть в субъективных юридических правах, представляющих удивительный сплав «должного» и «возможного», точнее, такого «должного», которое обращено к государству, к действующему правопорядку, а для субъектов выступает в качестве принадлежащих ему субъективных прав.

И тут мы выходим на одну из главных, определяющих проблем правовой теории — ту, которая в этой книге названа *тайной права*.

ГЛАВА СЕДЬМАЯ О ТАЙНЕ ПРАВА

Правовой массив и логика права

По широко распространенным (и в принципе верным, очевидным) представлениям, позитивное право призвано упорядочивать жизнь общества, быть средством налаживания порядка и дисциплины. И потому право согласно таким представлениям состоит в основном из строгих юридических предписаний — обязанностей, запретов, юридической ответственности.

Подобные представления во многом соответствуют действительности. Предписания, запреты, ограничения, императивные обязанности, юридическая ответственность, жесткие процедуры образуют основной массив содержания права, его структуры. В странах с авторитарным режимом власти — массив преобладающий.

К этому следует добавить, что и на практике, в наших повседневных делах, при решении большинства жизненных проблем наши встречи с правом затрагивают в первую очередь эту, государственно-принудительную, императивную сторону законов, деятельности суда, других юридических учреждений по обеспечению должной организованности, порядка и дисциплины в обществе. Не случайно при обсуждении правовых вопросов речь прежде всего идет о правовом порядке, о законности, о юридической ответственности. Да и само понятие «правовые средства» сложилось в связи с властной, государственно-обеспечительной деятельностью государственных органов.

Но почему же тогда право называется п р а в о м?

Тут-то мы и сталкиваемся с тем, что может быть названо тайной права. «Тайной» потому, что вопреки фактическим реалиям, очевидным фактам, свидетельствующим о превалировании в материи права юридических обязанностей, запретов, ответственности, *правовая материя так «построена» и так «настроена», что само ее существование и функционирование связаны именно с субъективными правами участников общественной жизни — правами отдельных субъектов, мерой их собственного, свободного поведения.* И это характерно даже для обществ

с авторитарной властью, тоталитарными режимами. И не только потому, что властные прерогативы правителя — самого авторитарного — это тоже *права*. Главное — это *само строение* права, его *органика*. То, что во всех правоотношениях (в том числе предписывающих и запрещающих) даже при авторитарной власти и тоталитарных режимах частицы правовой материи закручены вокруг субъективных прав.

Стало быть, надо видеть в самой природе права, в его существовании и функционировании нечто такое, что вопреки основному массиву правовой материи выдает ее логику.

Право потому и «право», что оно (закрепленное в законах, иных источниках и выраженное в юридических нормах) по своей глубинной сути и предназначению говорит о правах.

Это значит, что *субъективные права, то есть правомочия, юридические возможности, которыми вместе с соответствующими гарантиями обладают конкретные субъекты, есть своего рода центр, узловой пункт* содержания права, его структуры (именно как права!). К нему, этому узловому пункту, стягиваются все нити правового регулирования, все частицы, атомы правовой материи, из которых в совокупности складывается исконное правовое содержание, его структура.

И именно здесь, в отношении субъективных прав, и строится *правовая логика*.

С особой выразительностью эта особенность логики права дает о себе знать тогда, когда правовая материя рассматривается на уровне ее совершенного развития — юридических конструкций (и специфических правовых принципов). Если обратиться к тем элементарным примерам, которые ранее были приведены при рассмотрении юридических конструкций (гражданская ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности; виндикационный иск; арендные отношения в той вариации, которая первоначально использовалась в России при приватизации), то оказывается, что во всех случаях отдельные правомочия, обязанности, гарантии, другие элементы каждой из этих конструкций выстраиваются так, чтобы *благоприятствовать правам* тех или иных лиц — потерпевшему при возмещении вреда, собственнику при виндикационном иске, кредитору в солидарном обязательстве, арендатору при арендных отношениях в упомянутой вариации (да так, что формируется принципиально новая собственность в производстве) и т.д.

Даже конструкции составов преступлений в уголовном праве, во многом определяемые социальной значимостью тех или иных отноше-

ний, началами справедливости, дифференцированного подхода, многими другими факторами, *устремлены* на то, чтобы определение и реализация ответственности за преступление выступали в качестве строго определенных *прав* тех или иных учреждений и лиц (и плюс к тому существовали бы еще и права лиц, привлекаемых к ответственности за общественно опасное поведение).

Еще более существенным следует признать то обстоятельство, что и в *динамике права* обнаруживается «настроенность» правового регулирования на субъективные права.

Например, такого рода вывод следует из характеристики общих моделей правового регулирования — диспозитивной (ее элементы — субъективное право и юридические гарантии) и обязывающей (правовая обязанность и юридическая ответственность). Показательно при этом, что на первый взгляд эффективность и надежность правовых средств обязывающей системы (обязанность и ответственность) весьма высоки. Но при внимательном анализе и по данным практики оказывается, что наиболее эффективной и сообразующейся с самой природой права оказывается другая модель построения правовых средств — диспозитивная, дозволительная, основанная на субъективных правах и гарантиях. В условиях прогрессивного развития общества диспозитивная система включает в решение социальных задач интерес участников общественных отношений (исполнителей). И правовые средства данной группы (право и гарантия), рассчитанные именно на такое включение интереса людей, обеспечивают тем самым высокую степень результативности.

Выходит, юридическая логика, притом логика высокого социального и юридического порядка, дает о себе знать в более сложных связях и соотношениях в области права (нежели в самих по себе структурных его особенностях), в частности в общих моделях правового регулирования — наиболее ярких проявлениях принципиальных особенностей мира права. Тех проявлениях, в соответствии с которыми *сцепления частиц правовой материи сосредоточиваются вокруг субъективных прав, неуклонно и жестко ведут к ним и, значит, ведут к статусу и возможностям людей в обществе*. И, стало быть, можно обоснованно предположить — к тому, что субъективные права и выражающие их юридические структуры *призваны стать доминирующими, главенствующими в праве*.

Чем все это можно объяснить?

Быть может, столь своеобразную логику права поможет объяснить сама практика жизни права?

Шаги к пониманию

На первый взгляд, и практическая жизнь в области права никак не согласуется с ее специфической логикой.

Ведь и факты такой практической жизни — императивные решения судебной власти, юридические обязанности, возложение запретов, всякого рода формалистические сложности и все другое, обычно соотносимое с юридической материей, — явления сугубо деловые, практические. Словом, проза жизни. И все это крайне необходимо для твердых решений конфликтов, строгой определенности складывающихся отношений, их гарантированности и прямо продиктовано требованиями цивилизации.

А тут вдруг (на тебе!) — свобода человека, его самостоятельность, активность, к которым *устремлена* по своей особой логике эта же самая правовая материя!

И существуют, кроме выводов и предположений аналитического порядка (наверное, далеко не во всем бесспорных), безупречные, исторически достоверные фактические подтверждения указанной особенности юридической материи. Это юридические системы Древнего Рима и Англии.

Ведь это только в «золотые века» римской юриспруденции, во II—III вв., в сочинениях и сентенциях выдающихся римских правоведов принципы частного права стали связывать со свободой людей, другими высокими духовными ценностями, утверждать, в частности, что *legum servi esse debemus, ut liberi esse possimus* («нужно подчиняться законам, чтобы быть свободным») или что *ius est ars boni et aequi* («право — это искусство добра и справедливости»). А до этого, на протяжении почти тысячелетия, да и позже, во время формулирования такого рода сентенций вся римская юриспруденция сплошь представляла собой бытовую и деловую прозу — споры по имуществу и сделкам, судебные прецеденты по различным категориям юридических дел, обычаи, законодательные сенатские установления и преторские эдикты по отдельным юридическим частностям и т.д. По сути дела, житейская и официальная практика, юридическая конкретика и казуистика, к тому же по большей части жестко формализованная, причем до такой степени, что формуляры, иски и содержащиеся в них юридические конструкции заслоняли реальную правовую жизнь и деловую практику (по одной из древнеримских сентенций, *quod non est in actis, non est in mundo* — «чего нет в документах, того нет на свете»). И надо же, именно эта многовековая сугубо прозаическая юридическая конкретика —

именно она и ничего более — стала основанием для приведенных выше и иных суждений правоведов, связывающих право со свободой человека, добром и справедливостью!

И то же самое в не менее впечатляющем виде произошло чуть не тысячелетие спустя в Англии. Процесс, начавшийся в глубоком Средневековье, завершился формированием современной развитой юридической системы, отвечающей потребностям гражданского общества Великобритании. До настоящего времени действующая юридическая система этой страны представляет собой в основном сплошную юридическую прозу, юридические дела и судебные прецеденты, относящиеся к собственности, наследованию, контрактам, спорам о качестве вещей и услуг, юридической ответственности за деликты, к всевозможным юридическим конструкциям. Причем в Англии не только нет конституции в современном ее понимании, но и многих других законов, с которыми обычно связывают демократическое развитие (существующие в Великобритании законоположения подобного рода относятся в основном к проблемам публичного права, в немалой мере — средневекового прошлого, касаются пределов власти короля и не формулируют сколько-нибудь общих начал о правах личности, ценностях и принципах демократического права). Определяющие же юридические начала демократического права по большей части оказались в итоге принципами и идеями, заложенными в действующих юридических реалиях, сформировавшимися и утвердившимися в судебной практике, в системе судебных прецедентов (получившей название «общее право»). Притом принципами и идеями, дающими о себе знать с такой последовательностью и юридической определенностью, что, по убеждению многих английских правоведов, эти юридические начала работают ничуть не хуже, а в чем-то конкретней и надежней, чем общие формулировки законов. Поэтому-то, по убеждению ряда специалистов, и нет крайней нужды в их специальном законодательном формулировании, в разработке и принятии в этих целях специального документа высшей юридической значимости — конституции, без которой, по мнению многих людей, нет действительной демократии.

Но приведенные исторические данные — это не только надежные, на мой взгляд, безупречно точные свидетельства того, что в самой реальной правовой материи действительно заложены высокие общечеловеческие начала (что, помимо всего иного, предопределяет исключительную специфику правовых понятий, входящих в содержание материи права). Не менее важны эти данные и для понимания

того существенного обстоятельства, что *именно в праве свобода людей получает реальный и обеспеченный характер* и плюс к тому еще сообразно своей неотделимости от «собственного» содержания права, его структуры обретает такие особенности, что она:

во-первых, существует в виде субъективных прав и, значит, всегда в строго определенных границах («мере»), что позволяет *отсечь от свободы и активности человека их крайние, негативные проявления, в первую очередь такие как произвол, своеволие;*

во-вторых, выражается в четкой юридической материи, в ее структурах, юридических конструкциях, которые *позволяют не только делать свободу человека реальной, но и на практике перевести свободу (произвол) людей в деловую активность, в творческое созидательное дело.*

Насколько эти особенности *свободы в праве* имеют принципиальное значение для жизни людей, во многом очевидно. И не исключено, что именно сейчас внимательный читатель увидит в указанных особенностях свободы в праве решающий пункт в понимании того, что определяет миссию права в судьбе, в будущем человечества¹.

И это вполне, как мы видим, оправданно назвать логикой права потому, что именно указанная направленность юридической материи в точности совпадает с общественным прогрессом — с тем, что человеческий род движется — пусть и медленно, с зигзагами, порой с попятными процессами, но все же неуклонно движется — от традиционных к последовательно демократическим, либеральным цивилизациям, к утверждению начал свободы в жизни людей. И что, даже абстрактно рассуждая, не может быть в истории так, чтобы сам ход и направленность общественного развития не сформировали, не выдвинули и не

¹ Данные исторического порядка (в том числе те, которые относятся, например, к восприятию в процессе колонизации в Индии, в ряде других стран передовых юридических форм стран-колонизаторов) свидетельствуют и об органической способности права «настраиваться» на передовые, прогрессивные формы жизни. Такая способность права является довольно сильной и практически реализуемой; и это во многом перекрывает, казалось бы, полярные, на первый взгляд несовместимые, юридические построения, характерные для различных правовых семей. Такая способность права (если верны высказанные предположения) является, с учетом других его особенностей, поистине поразительной, дающей основания для весьма серьезных выводов в теории права. Надо лишь не сводить рассматриваемую способность права к одним лишь велениям и процессам сугубо технического, по-современному технотронного порядка. И в прошлом, и сейчас (а еще более, по всем данным, в будущем) то, что относится к глубоким потребностям и интересам людей как разумных существ, не только является основой стойких, неподатливых элементов в правовой жизни, но имеет также и значительный не просто общечивилизационный, но и *глубинный общечеловеческий потенциал*, которому суждено придать праву еще более высокое значение в жизни людей.

утвердили в социальной жизни особый институт, который с упомянутой логикой на всех языках мира и получил название *права*.

«Второй план» — значительные социальные ценности

Отмеченные в предшествующем изложении характеристики права при всей их немалой, порой возвышенной авторской оценке все же не более чем факт и возможность. *Факт*, что элементы правовой материи стягиваются к субъективным правам. *Возможность*, что с этим фактом связана свобода в праве и, отсюда, оптимистическая перспектива в развитии права, его существенная роль в прогрессивном общественном развитии, в его судьбе.

Конечно, нельзя упускать из поля зрения и того, что отмеченные «факт» и «возможность» по своим потенциям таковы, что они могут быть использованы в негативных целях, сопряжены с явлениями социального регресса, поставлены на службу реакционным силам и целям. Ведь что ни говори, диктаторские полномочия авторитарного правителя могут быть сконструированы таким образом, что они имеют вполне законный характер и в этом отношении согласуются с центральным положением в правовой структуре субъективных прав. Точно так же (как свидетельствует опыт приватизации в России в 1992—1996 гг.) определенный круг правомочий при неразвитой юридической системе может стать звеном в процессе, приводящем к формированию посткоммунистической олигархической социальной системы.

Тем не менее особенности правовой материи, да и общеизвестные исторические данные свидетельствуют о том, что по самой своей природе право *настроено* на прогрессивное развитие — оптимистическую перспективу, отвечающую общим тенденциям развития человеческого сообщества. Что оно, право, и есть то, рожденное самой историей, социальное образование, которое, несмотря на все иные его характеристики (преобладающий массив обязывающе-запретительных норм, сугубо деловая, прозаическая практика), призвано по самому своему существу, своей особой логике служить людям, их достоинству и неотъемлемым правам, их свободе.

Тут есть и весьма впечатляющие свидетельства. обстоятельный анализ наиболее совершенных юридических структур и конструкций показывает, что в них существует как бы «второй» план — они выражают *передовые идеи*, характеризующие значительные социальные ценности. И, что в высшей степени знаменательно, эти передовые идеи и значительные социальные ценности не являются результатом на-

меренного, заранее рассчитанного включения чего-то «такого эдакого» в ткань правовой материи, а являются результатом спонтанного, само собой идущего развития, отражающего глубинные социальные процессы, и вместе с тем раскрывают принципиальные особенности самой материи права.

Вот несколько иллюстраций на этот счет.

Ранее уже говорилось о том, что одной из отработанных юридических конструкций, сложившихся еще в Античности, в римском частном праве, демонстрирующей свою жизненность и эффективность до сих пор, является так называемая виндикация — истребование имущества «невладеющим собственником» (по терминологии, принятой в юриспруденции) у «владеющего несобственника» — юридическая конструкция, при помощи которой собственник может восстановить свое право даже по отношению к третьему лицу, например по отношению к лицу, купившему, допустим, украденную или утерянную вещь. Почему утвердился такого рода порядок? Только ли потому, что защищается право собственника? Но ведь и «третье лицо», покупатель — тоже собственник, вещь приобретена в соответствии с действующими юридическими нормами, на законном основании. Так почему же тем не менее в ряде случаев предпочтение отдается первому собственнику?

В специальной юридической литературе основания порядка виндикации уже в наше время стали предметом обстоятельных исследований. И когда в качестве исходного пункта в таких исследованиях было взято то обстоятельство, что виндикационный иск удовлетворяется в зависимости от того, выбыла ли вещь из обладания собственника по его воле или вне его воли, стали постепенно выясняться глубокие разумные, духовные, поистине утонченные философские основания рассматриваемого порядка: начала доверия между людьми, риск и ответственность, связанные с таким доверием. Но вот что удивительно. Такого рода основания, их духовная, гуманитарная суть раскрываются только сейчас, в результате современной правоприменительной практики и кропотливой исследовательской работы. Сам же порядок виндикационной защиты права собственности сложился еще тысячелетия тому назад — в практической жизни, в сложных жизненных ситуациях, в отборе вариантов их решения. Именно в практической жизни, без каких-либо специальных предварительных философских разработок, их целенаправленного включения в данную юридическую конструкцию.

Значит, неизбежен вывод: правовая материя (именно материя в развитых формах — юридических конструкциях, иных развитых струк-

турах) является носителем рациональных, интеллектуальных начал, утвердившихся непосредственно в практической жизни.

Такой же вывод следует из углубленного анализа других выработанных на практике юридических конструкций, например ответственности за вред, причиненный источником повышенной опасности, — конструкции, также ранее уже упомянутой. Ведь те серьезные рациональные основания существующей в этом случае «ответственности без вины» (да к тому же не непосредственного причинителя вреда, а «владельца источника»), о которых говорилось в предшествующем изложении, раскрываются наукой только в настоящее время. Сам же порядок такого варианта имущественной ответственности также сложился на практике, причем не сразу, а в ходе решения юридических дел, осмысления практики, но, во всяком случае, без какого-либо предварительного проникновения в сложные философские проблемы, которые раскрываются только сейчас.

Еще один пример, в чем-то, пожалуй, рискну сказать, поистине фантастический, когда, казалось бы, сугубо техническая конструкция, известная в юриспруденции с давних времен, касается гуманитарных ценностей, получающих признание только в самые последние годы.

Речь идет о конструкции владельческой защиты, утвердившейся с античных времен в практике юриспруденции. Суть этой своеобразной (даже, казалось бы, нелогичной) конструкции в том, что фактический владелец вещи, независимо от того, есть или нет у него оснований на такое владение, и даже при серьезных сомнениях на этот счет имеет в более или менее развитой юридической системе право на защиту своего владения, в том числе и в отношении законного собственника. Какова причина такого порядка? В этом уже десятилетиями разбирается юридическая наука. Быть может, это просто защита, так сказать, промежуточного порядка до окончательного решения суда? «Неизбежное зло», как полагал знаменитый немецкий юрист Р. Иеринг, в отношении «владельцев неправомерных»? Какое-то иное чисто прагматическое или социальное основание?

Только в XX в. стала обнаруживаться глубокая гуманитарная суть рассматриваемой юридической конструкции (которая по-настоящему, как это ни парадоксально, может быть понята, пожалуй, только сейчас, в наши дни). Вот что сказал наш отечественный правовед И.А. Покровский по этому вопросу: «...для частных лиц фактическое господство владельца должно быть неприкосновенным; этого (внимание! — С.А.) требует растущее уважение к человеческой личности, этого требует истинно культурный строй отношений между людьми».

И далее: «Поэтому, если для Иеринга защита владельцев неправомерных является лишь неизбежным злом... то нам она кажется, напротив, кульминационным пунктом основной идеи. Именно по отношению к этим владельцам принцип уважения к человеческой личности подвергается наибольшему искушению, и потому охрана даже этих владельцев является его наивысшим торжеством». А вот завершающий вывод: «Как бы то ни было, но во всяком случае ясно одно: в институте защиты владения дело идет не о собственности и вообще не о таком или ином имущественном праве, а о начале гораздо более высоком и идеальном — о насаждении уважения к человеческой личности как таковой»¹.

Самое же поразительное, что конструкция «владельческая защита» — это, как принято считать, всего лишь заскорузлая юридико-техническая деталь, некий формалистический изыск, элемент схоластики (надо же! предоставлять какому-то фактическому владельцу защиту даже против «законного собственника»!), да плюс к тому конструкция, сложившаяся в исторических условиях прежних эпох, когда высокие гуманитарные идеалы, «обнаруженные» только в XX в., даже в передовых философских разработках прошлого в лучшем случае только намечались.

Подобные «прорывы в будущее» касаются и юридических разработок современности².

Не менее примечательно то, что даже весьма абстрактные, казалось бы, юридические конструкции содержат значительное интеллектуальное богатство, а отсюда — существенные резервы (нередко не имеющие альтернативы, уникальные), позволяющие решать сложные де-

¹ Покровский И.А. Указ. соч. С. 228.

² К приведенным примерам могу добавить свои личные впечатления. При отработке в 1989—1990 гг. юридической конструкции аренды с «вариациями», которая, как оказалось, стала, пусть и на короткое время, весьма эффективным способом приватизации, сама перспектива такого эффекта, могу заверить, в полной мере даже не просматривалась. На соответствующих проработках, проходивших с участием арендаторов, обсуждались в основном оптимальные сроки аренды, порядок использования амортизационных отчислений, ответственность за утрату и повреждение арендованного государственного имущества, его смены, другие преимущественно хозяйственные проблемы. Порядок же приобретения арендаторами «своей собственности» на производимую продукцию рассматривался всего лишь как «деталь» среди иных стимулирующих мер. Но именно эта «деталь» не только резко стимулировала производственную активность, но и оказалась тем ключиком, благодаря которому начался стремительный процесс преобразования собственности — формирование на базе totally государственной собственности принципиально «другой» собственности, причем в ее оптимальном варианте, собственности частной, складывающейся и функционирующей непосредственно в производстве.

мократические и гуманитарные проблемы современности. Так, оказывается, что конструкция «общий принцип с исключением» — и это уже во многом реализовалось в документах о правах человека — представляет собой по сути единственную правовую форму, обеспечивающую перевод на язык права основных гуманитарных ценностей и идеалов. Конструкция «исчерпывающий перечень» уже сейчас (даже без углубленной ее проработки) справедливо понимается в законотворческой деятельности как правовая форма, которая может служить преградой к произволу, самовластию чиновников и произвольным действиям иных лиц.

Можно уверенно предположить, что развитие юридической науки и повышение юридической культуры в практической деятельности, ее конструктивное совершенствование позволит увидеть существенный интеллектуальный капитал, заложенный во многих других юридических формах, которые раскрывают свою ценность при решении современных задач. В частности, обеспечение независимости и суверенности отдельных лиц (при помощи конструкции «абсолютные права» в различных ее модификациях) или надежное достижение необходимого социального результата минуя бюрократические процедуры (при помощи конструкции автоматического наступления предусмотренных в законе последствий) и т.д.

Несколько «почему?»

Подытожим. И притом в виде вопросов, которые позволят перекинуть мостик к следующей главе книги.

При детальном (и вместе с тем обобщенном, теоретическом) рассмотрении правовой материи обнаруживается ряд поразительно совпадающих моментов, образующих важнейшую сторону собственной логики права. Причем таких моментов, которые при внимательном анализе права, его юридически отработанных конструкций, очевидны. И вместе с тем таких, *оснований для которых в самой материи права нет.*

И на вопрос «почему?» при попытке найти суть таких оснований данные о праве сами по себе (даже при широком подходе к правовой материи) не дают ответа. За исключением общих ссылок на социальный прогресс, на движение человечества к последовательно демократическим цивилизациям и замечаний типа «иного быть не может», что, по-видимому, способно породить представление, особенно у людей, не знакомых детально с тонкостями и практикой юридиче-

ского регулирования, о чуть ли не мистическом характере указанных особенностей права.

В самом деле, *почему*, спрошу еще раз, право повсеместно, на всех языках мира называется словом, совпадающим по смыслу с русским «право», имеющим во всех своих значениях гуманистический оттенок?

Почему в связи с этим своего рода центром материи права (первоначально формировавшейся при неразвитых или отсталых социальных порядках) являются субъективные права?

Почему сама по себе правовая материя, в особенности рассматриваемая под углом зрения юридически совершенных конструкций, раскрывает себя как явление высокого человеческого, гуманистического порядка?

А в связи с этим разве нет какой-то загадки в том, что правовая материя, как свидетельствуют фактические данные, сопротивляется, протестует против ее использования в реакционных, иных неадекватных праву целях? И когда подобное использование правовой материи все же происходит, например при реакционных режимах, она деформируется, не обретает качества *права* в строгом значении, становится одной лишь его *видимостью*.

Или, как свидетельствует жизненная практика, в обществах, в которых нарастают авторитарные элементы, официальная лексика начинает избегать даже самого слова «право» (заменяя его повсеместно термином «закон», который, как известно, может быть и формой государственного своеволия, порой произвола)¹. И напротив, правовая материя сама идет навстречу гуманитарным ценностям: оптимально отработанные юридические конструкции с такой легкостью (с охотой) воспринимают положения, связанные со свободой людей.

Поставленные выше вопросы «почему?» приобретают еще более основательный характер, если согласиться на основе приведенных данных с тем, что в правовой материи заложена *своя заданность*: цепочки правовых средств объективно выстраиваются от одного из исходных начал правовую материю — юридических дозволений — в направлении субъективных прав, свободы и активности людей.

Более того. Свобода в строго позитивном значении как раз и раскрывается через объективное право и, стало быть, выступает в таком виде и облике (в виде и облике *субъективных юридических прав*), когда

¹ Весьма примечательно, что когда в России в 2003–2005 гг. сообразно объявленному принципу укрепления вертикали власти стали все более утверждаться известные авторитарные принципы в государственном управлении, то синхронно, шаг в шаг стал исчезать из официального обихода сам термин «право».

она именно объективным правом «дана». Именно праву «дано» переводить активность людей как разумных существ в творчество, в созидательное дело.

Но если это верно, то наука сталкивается с самой что ни на есть т а й н о й.

Тайной потому, что правовая материя, которая формируется и утверждается по жестким, деловым императивам цивилизации, притом первоначально всегда при неразвитых социальных системах, непосредственно в прозе жизни, в практической жизнедеятельности людей, в лабиринтах и круговерти интересов и страстей, в потоке потребностей практики по решению многообразных жизненных ситуаций, сама по себе не содержит оснований, которые бы могли дать удовлетворительный ответ на выше обозначенные «почему».

Неужели перед нами нечто такое (чуть ли не мистическое), что не поддается научному объяснению? Или такое, что уходит своими корнями в явления по ту сторону представлений о природе (предположение, в особенности в представлении религиозных верований, не лишенное известных резонансов; недаром «правовое», и не только на первых фазах своего формирования, неизменно состыковывается с религиозными началами, со «святым», с верой). Но ведь сверхчувственные, трансцендентные начала касаются совести, добра, раскаяния и Бога, а не свободы во внешних, практических, по большей части сугубо прозаических, грубых отношениях, нередко обители эгоизма и низменных страстей, с которыми имеет дело позитивное право.

Так чем же все-таки объяснить, что материя права, с внешней стороны погруженная в гушу самой что ни на есть прозы жизни и состоящая в формализованных процедурах и порядках, тем не менее *по своей природе, органике имеет некую гуманистическую заданность (заряженность) — устремлена к субъективным правам, свободе человека?*

ГЛАВА ВОСЬМАЯ

ПРАВО — ВЫСШЕЕ НАЗНАЧЕНИЕ

Капитал интеллекта

Вполне удовлетворительный и простой ответ на все «почему?», о которых говорилось в предшествующей главе, можно получить, если связать правовую материю с интеллектом людей, с рациональными началами при решении жизненных ситуаций.

Мы уже видели при характеристике наиболее совершенных юридических форм, правовых конструкций, что здесь происходит своеобразное соединение реальности (ее требований), опыта и ума — высокого порядка интеллектуальной деятельности людей. Причем так, что этот сплав воплощается в моделях (типовых схемах), то есть строгих типовых построениях, определяющих статус субъектов, состав и содержание их правомочий, обязанностей, ответственности, процедур, юридических фактов¹. Характерно, что всяма плодотворный отбор оптимальных юридических решений происходит в прецедентном праве — праве англо-американского типа, когда на основе опыта и судебного анализа происходит своего рода шлифовка прецедентов.

Недаром же в области юриспруденции действуют «мудрецы» — законодатели, судьи, умудренные в юридических делах советники правителей, а в частном праве — искушенные коммерсанты и банкиры, юрисконсульты и адвокаты. Да и само участие государства в формировании и развитии юридических институтов в той или иной мере сообщает действующему праву отработанность государственных решений, силу коллективного ума.

¹ Знаменательно при этом, что формирование оптимальных правовых средств и эффективных юридических конструкций происходит в обстановке, в чем-то близкой к «естественному отбору», — жесткого столкновения интересов, противоборства всех «за» и «против», процедур опротестования уже принятых решений, их последующего пересмотра — и одновременно в условиях поиска компромиссов, взаимных уступок, мучительной выработки взаимоприемлемых вариантов. К тому же те или иные интеллектуальные положения должны вписаться в уже существующие юридические формы, структуры права, параметры и требования целостного юридического организма как объективной реальности.

Правда, эта же самая зависимость права от государства и от «мудрецов» нередко приводит к тому, что в сферу действующего права вторгается своекорыстие власти, ограниченность и самодурство правителей, невежество законотворцев и судей, промахи и неразвитость науки, а требования реальной жизни блокируются крайностями юридического формализма¹.

Тем не менее в конечном счете — пусть не сразу и не в полной мере — неизбежно срабатывают жесткие законы «естественного отбора» в той, понятно, мере, в какой они характерны и для общества. Вследствие этого материя права, его *corpus iuris* (правовые средства, юридические конструкции, система нормативно-юридического регулирования как таковая), все более становится в области практической жизни людей *средоточием рациональных начал* и таким путем накапливает интеллектуальные, духовные достижения, напрямую затрагивающие практику человеческих отношений.

Так что вполне оправданно видеть в правовой материи то, что в области практической жизни может быть названо и «капиталом интеллекта», и «копилкой ума», и «кладезем рационального». И если не выходить за пределы юридических знаний как таковых, подобные характеристики в общем дают достаточно приемлемые, надо полагать, ответы на поставленные выше вопросы об особенностях права.

Но вот пункт, который все же должен привлечь наше внимание. Думается, вовсе не случайно правоведы — специалисты, постоянно общающиеся с правом, его глубинными ценностями, не ограничиваясь ссылками на «интеллект» и «рациональное», — нередко прямо связывают право с *разумом*. Причем такую характеристику получают прежде всего юридические системы, отличающиеся совершенством юридического инструментария, правовых конструкций, других правовых структур. Такие системы, как римское частное право, за которым уже давно закрепилось наименование «писаного разума» (*ratio scripta*). Да и сама юридическая деятельность нередко сопрягается в юриспруденции с уяснением «разума законов» (*ratio legis*).

¹ Да и вообще своего рода мудрецы (да еще какие!) встречаются и в реализации права, его применении, когда отработанные, казалось бы, совершенные юридические порядки и процедуры с помощью такого рода мудрецов (работников юридических служб, адвокатуры, прокурорских органов) применяются вопреки своему назначению или, хуже того, в противоправных, преступных целях. Но это уже другой срез действительности, который находится на другом, противоположном полюсе тех реальностей и отношений, о которых идет речь в этой книге.

И вот здесь возникает такой вопрос. Да, в общем плане возникновение и развитие права, как уже говорилось, связано с общественным прогрессом — с тем, что человеческий род движется, пусть медленно, с трудом, но все же шаг за шагом движется от традиционных к последовательно демократическим либеральным цивилизациям, к утверждению начал свободы в жизни людей. И, как уже говорилось, не может быть в истории так, чтобы сам ход и направленность общественного развития не сформировали, не выдвинули и утвердили в социальной жизни особый институт, если угодно, «социальный инстинкт», который с упомянутой логикой на всех языках мира и получил название «право».

И все же не тут ли, в связи права с разумом, кроется и более глубокое, поистине философское обоснование особенностей права, названных в этой работе его «тайной»? И прежде всего понимание: почему в праве, в этой «копилке интеллекта», на первое место выдвинуты именно субъективные права (свобода в праве), а за оптимальными правовыми средствами и отработанными юридическими конструкциями как бы на втором плане просматриваются и другие значительные социальные ценности — духовные, гуманитарные?

Право как явление Разума

В этом параграфе главы делается небольшой экскурс в философскую проблематику — в философию права, с тем чтобы попытаться уже с философской стороны обосновать особенности права, его назначение в жизни людей (и, не скрою, с расчетом главным образом на читателя, имеющего интерес и, возможно, даже склонность ко всякого рода философским премудростям).

При этом придется коснуться, как говорится, высоких материй — хотя бы вкратце, в самом общем виде, без подробных аргументаций и пояснений.

Это значит прежде всего, что здесь речь пойдет о Разуме, так сказать, с «большой буквы» — феномене мирозданческого, вселенского порядка. Стало быть, о самой сути «появления на свет» и бытия людей как разумных существ — о том основательном, первичном и позитивном, что позволяет человеку и сообществу людей (при всей противоречивости разума как психофизического явления) через мысль и волю проникнуть в глубь вещей и процессов, выбирать и решать, познавать и творить, соединяя мечту, духовные ценности,

расчет и созидательное дело. И при этом реализовать свое предназначение как носителей Разума — высшего явления (творения) мироздания, Вселенной.

И вот, по крайней мере, два момента, которые под углом зрения Разума в его таком глубоком понимании во многом помогают с философской стороны понять тайну права, его назначение в жизни людей.

П е р в о е. Разум во всех своих проявлениях — это не что иное, как *свобода* человека. Разум представляет собой способность делать собственный выбор, решать жизненные проблемы *самому*, а значит, способность выйти за пределы жестких, императивных, непререкаемых природных порядков и зависимостей, принимать решения по своему усмотрению, руководствуясь своими размышлениями, идеальными представлениями, принципами, началами. В том числе, к счастью, высокими духовными идеалами, относящимися к основополагающим моральным ценностям внутреннего духовного мира человека (и, к несчастью, порой руководствуясь низменными страстями, пороком и злом, то есть вопреки предназначению права, о чем пойдет речь ниже).

Вот почему именно право с его спецификой, выраженной в дозволениях, субъективных правах, может быть охарактеризовано в качестве *реального бытия Разума*. И отсюда — в качестве такого нормативного образования, в котором *содержится заданная (заряженная) Разумом нацеленность правовой материи в области практических отношений на свободу и активность человека, на реализацию его творческого потенциала*.

И в т о р о е. Именно Разум закладывает в право такую ориентацию, которая находится на другом полюсе по отношению к умным деяниям людей, сопряженным с биологическими и социальными негативами человеческого бытия, что с рассматриваемых позиций изначально и определяет нацеленность правовой материи в области практических отношений не только на свободу и активность человека, но и *на высокие духовные ценности и идеалы, на исключение из жизни людей зла и несчастья*.

Именно в связи с этим получается своеобразное сцепление частиц правовой материи, когда они *объективно, как бы сами собой выстраиваются в направлении субъективных прав* (ее, казалось бы, невесть откуда взявшаяся собственная логика). И это не нечто хаотически случайное и не некое мистическое предначертание, а *впол-*

не понятное, вполне объяснимое проявление высокого, мирозданческого значения Разума, выражением и атрибутом которого является свобода людей.

В научном отношении рассмотрение права под углом зрения Разума позволяет выйти на уровень *математического (инструментально-математического) его понимания*, то есть таких характеристик права, которые в области юридической догматики по большей части выступают в качестве своего рода математического инстинкта, свойственного выдающимся юристам-практикам и теоретикам, а ныне при широком подходе к праву открывают перспективу и на уровне теории основательного и глубокого постижения правовой материи как некоего алгоритма, механизма, призванного служить людям.

Насколько понимание права как бытия Разума, да притом Разума в высоком мирозданческом значении, является существенным, можно пояснить на некоторых данных историко-наукovedческого характера.

Имя великого философа — Иммануила Канта — обычно связывается с его сочинениями, посвященными разуму; главное из таких сочинений — «Критика чистого разума». Но мало кому известно, что по одной, на мой взгляд, весьма обоснованной версии творческого пути философа он *обратился к этой философской проблематике для того, чтобы глубже и основательней разобраться в вопросах права* (и это вполне объяснимо исходя из требований той эпохи — эпохи Просвещения), которые привлекли его внимание при чтении лекций в Кенигсбергском университете в 1780-х гг.

И когда спустя десятилетие И. Кант, проделав гигантскую работу по углубленной трактовке разума, действительно вернулся к вопросам права (реализовав свои идеи в серии статей 1790-х гг.), то одной из основных таких идей стала мысль о необходимости в научном отношении выделять вслед за «чистым разумом» также и *чистое право*, когда и раскрывается его мирозданческая предоснова¹. То есть права в виде идеального образа, «освобожденного» (путем логической операции) от воздействия и влияния чувственных факторов, изменчивых фактических отношений, конкретной цели — от всего того, что к нему в реальной жизни «примешивается». И в практической жизни, говорит Кант, при использовании потенциала права нужно начинать не с материального принципа, не с цели, не с поставленной задачи,

¹ Подробнее об этой версии и разработках И. Канта по вопросам права см.: Алексеев С.С. Самое святое, что есть у Бога на земле. М., 1997.

а с формального принципа, относящегося к праву¹. «Цель же, — замечает в скобках Кант, — может быть какой угодно»².

И вот что поразительно и одновременно закономерно — именно такое («чистое») право, в особенности с учетом его потенций, заряженности на субъективные права, и предстает как явление Разума (или даже, как замечал И. Кант, «самое святое из того, что есть у Бога на земле»).

И здесь, дополнительно к ранее высказанным аргументам, представляется важным сказать еще вот о чем. Необходимость разумного регулирования и разумного управления в обществе, причем таких, когда реализуются самые высокие значения Разума, во все века при всех социальных системах, политических режимах и правителях выдвигалась в качестве неизменно высшей задачи, будто бы при данной власти реально осуществляемой. Да и в жизни во все века все прави-

¹ Здесь допустимо предположить, что перед нами такая сторона критической философии Канта, которая порой в какой-то мере ускользает из поля зрения. Дело тут вот в чем. Нередко чуть ли не вершиной философского мышления при постижении явлений окружающего нас мира выставляется (в недавнем прошлом, в обстановке тотального господства марксистско-ленинско-сталинских догм — императивно) тезис о взаимосвязи и взаимообусловленности этих явлений. Верный и очевидный сам по себе такого рода тезис имеет, однако, ограниченное значение в отношении глубины познания. Взаимосвязь и взаимообусловленность явлений приводит к тому, что каждое из них получает как бы отпечаток от всех других, начинает нести на себе следы других явлений, находящихся с ним во взаимосвязи, и это при всей значимости такой взаимообусловленности становится одновременной преградой к пониманию своеобразия данного явления, его самобытной природы (что в конечном счете не дает возможности в полной мере выявить специфику и существующих взаимных отношений, и взаимообусловленностей). Поэтому есть основания полагать, что критический метод Канта — это способ мышления, в соответствии с которым то или иное явление не только берется независимо от опыта, чувственных факторов, но и вообще предстает в своей собственной плоти, в «чистом виде», вне тех отпечатков, следов, которые оставляют на нем другие явления, предметы, процессы. И такое рассмотрение явления в «чистом виде», в его собственной плоти, когда познавательная мысль отвлекается от опутывающих и затеняющих его связей и влияний, позволяет постигнуть его глубины, его определяющие сущностные характеристики и определения, а затем уже понять все его связи и опосредования, решать другие мировоззренческие и прикладные проблемы (как это мы увидим в отношении права). Этот метод, надо полагать, имеет широкие, далеко еще не использованные наукой возможности, в том числе и при рассмотрении коренных проблем философии. Автор этих строк в свое время имел возможность убедиться в этом, когда при освещении ценности права попытался с предельной осторожностью (неизбежной при отсутствии философских претензий и в условиях всеохватного доминирования марксистского материализма) выйти за пределы жесткой диалектико-материалистической догмы «материя — сознание» и, продолжая придерживаться известных социалистических догм, все же вычленил в качестве «чистых» сфер мироздания следующие сферы или уровни: «Космос — Жизнь — Разум — Общество», каждая из которых не сводима к другой и требует при обилии взаимосвязей особого научного подхода (см.: *Алексеев С.С.* Перед выбором. М., 1990. С. 39–50).

² *Кант И.* Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. М., 1994. С. 449.

тели неизменно изображали и рекламировали свои задачи и решения в качестве единственно разумных. Но никогда, ни при каких социальных системах, политических режимах и правителях такая задача реально, практически не реализовалась и не могла быть реализованной по определению. Ибо какие бы ни предпринимались усилия для того, чтобы регулирование и управление в обществе возвести в ранг «разумного», они неизбежно подвержены воздействию чувственных факторов, влиянию времени, переменчивого опыта, личностных, нередко корыстных мотивов, страстей, иллюзий, догм.

И вот по всем данным, *только право оказалось тем уникальным общественным институтом, который способен в результате опыта, практики, отработки при решении многообразных юридических дел закреплять и накапливать оптимальные (чистые) средства и конструкции, представляющие и на данный момент, и на будущее в качестве явления Разума.*

Конечно же, подобного, *стерильно чистого, права* как некой реально функционирующей юридической системы в нашей земной жизни не было, нет и не будет никогда. Право по самому своему функциональному назначению призвано пребывать в самой гуще сложного, грешного и прекрасного бытия и функционировать в системе реальных, практических жизненных отношений. Оно всегда существовало и неизменно будет существовать в противоречивой паутине экономических, политических, нравственных связей и порядков, в переплетении с ними, во взаимопереплетении с идеологией и властью, а также под воздействием воли и страстей конкретных земных людей, которые в свою очередь подвержены влиянию, проникновению в их духовный мир многообразных чувственных факторов, увлечений, эмоций, заблуждений, иллюзий.

Тем не менее если в ходе и результате научной проработки правового материала не очистить собственную плоть права от всего того, что к нему примешивается (от политики, морали, сугубо субъективных факторов, всего другого, только что упомянутого), то увидеть истинную природу права, его природу как явления Разума совершенно невозможно¹.

¹ Примечательно при этом, что сам вопрос о таком праве (то есть о праве как явлении Разума) появился и потребовал решения в науке именно тогда, когда это оказалось «нужным» Истории. Он не возникал и не мог возникнуть до того, как в человечестве, в его бытии назрела острая необходимость фактического перехода народов к либеральным цивилизациям и сложились предпосылки и условия для этого перехода. Словом, до того, как идеи, дух, идеалы Французской революции (а также первые шаги по конституированию демократической политической системы в Северной Америке и в Европе к концу XVIII в.) не потребовали того, чтобы среди человеческих ценностей в противовес произволу, самочинному господству власти, страстей и капризам правителей бы-

Фундаментальные правовые ценности

Что же принадлежит к собственной (чистой) материи права, которой может быть придано столь высокое значение — значение бытия Разума? Ведь к позитивному праву относится множество реалий: нормы, принципы, акты различных уровней и юридической значимости, их документальное оформление, процедуры, действия по применению и толкованию — вплоть до таких, которые близки к делопроизводству и, действительно, создают впечатление о юридической материи как о некоем канцелярско-подобном, формалистическом участке нашей жизни. Неужели и впрямь все это и есть «бытие Разума» в том высоком значении, о котором говорилось в предшествующем изложении?

И вот тут, при ответе на только что поставленные вопросы, должно быть обращено внимание на *фундаментальные (непреходящие по своей значимости — вечные) правовые ценности*, в которых концентрируется уникальная сила права и которые как раз и представляют собой, по мнению автора этих строк, не что иное, как *объективированный Разум*.

К таким фундаментальным правовым ценностям относится прежде всего характерное для права особое *нормативно-юридическое построение* социального регулирования. То есть сам факт того, что право образует институционное образование, состоящее из постоянно действующих общеобязательных норм, создающих возможность строгой определенности поведения людей, его государственной гарантированности, а также всеобщего регулирования, реализации в нем принципов равенственности, равной меры, ответственности каждого за свои поступки.

Стоит только чуть внимательней приглядеться к этой привычной категории — «юридические нормы» (да еще взятые в систему, в виде институционного образования), как открывается их поистине потрясающее качество. Ведь они, юридические нормы, представляют собой своего рода «модели на вечность». С их помощью оказывается возможным и реальным создать в обществе на основе опыта и разумных решений *надежную, непрерывно действующую непротиворечивую систему поведенческих моделей, способных (при надлежащей организации и состоянии юридической системы) определять поведение людей на неопределенно длительное время вперед и в любых масштабах, охватываемых этой системой*

ло возвышено право как институт цивилизации и был определен образ (понятие) такого права, которое необходимо для новой, либеральной эпохи в истории человечества. Такой образ, которого даже в сугубо практической жизни «требуется сам разум», притом «чистый, а не *pragmatic* законодательный разум, не принимающий в соображение ни одной из эмпирических целей» (Кант И. Указ. соч. Т. 1. С. 283).

отношений, да притом с возможностью реализации *начал всеобщности, принципа равновесности, равной меры, ответственности*. И все это так (при всех немалых издержках, связанных с возможностью произвольного использования юридического инструментария, вольностей и нелепости), что правовая материя остается неизменно *настроенной* на свободу людей, на их созидательную активность, творчество.

Разве все это не «сам объективированный Разум» в области практической жизни? И какой другой социальный механизм сравним по степени разумности в этом отношении с правом? А если к этому добавить, что уже на самых ранних стадиях цивилизации (да во многом и ныне), когда вся жизнь людей жестко скована непререкаемыми канонами и запретами, право — единственная из форм социальной регуляции, *настроенная на дозволения, на субъективные права, на свободу человека*, то что еще, кроме Разума, может объяснить такое своеобразное нормативно-юридическое построение социального регулятора, недаром именуемого «право»?

Наряду с нормативно-юридическим построением социального регулирования, определяющей фундаментальной ценностью являются *специфические правовые идеи и принципы*.

Важно сразу же заметить, что речь в данном случае идет не о любых представлениях по юридическим вопросам, а о *специфических* идеях и принципах, которые основаны на правовых понятиях, выражающих в обобщенном виде своеобразие правовой материи.

А теперь о том главном, что характерно для фундаментальных правовых ценностей.

Отмечая значение для права нормативно-юридического построения и специфических правовых принципов, следует отнести к фундаментальным правовым ценностям и *юридические конструкции* (во всех их многообразных разновидностях).

Ранее, при рассмотрении правовой материи, уже говорилось о том, что юридические конструкции — это не нечто внешнее в праве, не некое юридико-техническое его оформление, а сама особая, собственная плоть права. Сейчас же, пожалуй, следует сказать еще определенной. Юридические конструкции, выражающие в каждом случае особые типовые соединения прав, обязанностей, ответственности, юридических фактов, процедур и т.д., — это тоже *основное и решающее, что характеризует своеобразие и богатство права как особого социального феномена*.

Понимание и постижение права — это во многом понимание и постижение выраженных в нем юридических конструкций, таких как «право собственности», «деликт», «обязательство», конструкции различных договорных типов, состав преступлений и т.д.

С этой точки зрения надо видеть, что юридические нормы со своей логической структурой, субъективные юридические права и обязанности в их многообразных сочетаниях и многое другое, относящееся к юридической догме, представляют собой (если, понятно, вычесть из всего этого некоторые общие правила и приемы делопроизводства, оргтехники и субъективные недоработки, промахи, так сказать, «формалистические излишества» и законодательные вольности) *объективированные, отлитые в строгие логические формы юридические конструкции — итог практики, обобщение опыта* и в этом отношении *достижение ума, свершение мысли*.

Более того, достойно пристального внимания то обстоятельство, что и другие фундаментальные правовые ценности также входят в круг юридических конструкций. Характерное для права нормативно-юридическое построение социального регулирования — это тоже конструкция, притом именно юридическая.

Таковы, в частности, такие идеи и одновременно юридические конструкции, как *ответственность за вину, презумпция невиновности*, а также принципы правосудия, содержащиеся в соответствующих юридических конструкциях организации правосудного дела, и т.д.

С этой точки зрения должно быть отмечено впечатляющее значение интеллектуального содержания юридических конструкций, содержащихся в одном из значительных достижений законодательной культуры новейшей истории — Германском гражданском уложении (1896—1900 гг.) (далее — ГГУ).

Этот правовой шедевр немецкой юриспруденции подспудно, через свое юридико-конструктивное содержание, правовые идеи и принципы отражал передовую идеологию конца XIX в. — взгляды либеральной буржуазии и выраженные в них общие демократические начала. В таком качестве он действует и до настоящего времени.

То обстоятельство, что в этом законодательном документе передовая идеология оказалась «спрятанной» в юридических конструкциях, иных, нередко весьма формалистичных структурах и принципах, не всегда принимается в расчет. Отсюда, надо полагать, то недоумение, которое слышится в рассуждениях современных исследователей, спрашивающих: «Как могло случиться, что ГГУ сумело пережить все политические, экономические и социальные кризисы новейшей германской истории, включая и полное извращение правовой жизни в период гитлеризма, и сохраниться почти в неизменном виде?»¹.

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 228—229.

Между тем здесь все «могло (и, добавлю, должно было) случиться» именно так, потому что правовые идеи ГГУ и тем более их мировоззренческий подтекст — либеральные воззрения, утвердившиеся в конце XIX в., оказались растворенными, спрятанными в юридической технике, в, казалось бы, заскорузлой юридической схоластике, в правовых конструкциях, специальных юридических идеях и принципах.

А то обстоятельство, что во всей этой догматической формалистике кроются взрывные идеи, принципы и ценности истинно демократического значения, по всем данным, не приходило в голову и не могло прийти партийным бонзам и идеологам нацистского рейха.

Но есть что-то от добрых начал нынешней эпохи и судьбы человечества в том факте, что эти идеи, принципы и ценности либерализма, долгие годы дремавшие в юридической схоластике, тотчас же сработали, как только Германия во второй половине 1940-х гг. освободилась от режима фашизма, прошла стадию покаяния и, сообразно продуманной реформаторской политике, встала на путь формирования современного гражданского общества с высокоразвитой постиндустриальной экономикой и высокой правовой культурой.

Нечто похожее (до и частично после начала «эпохи реформ») произошло и в Советской России. И тут коммунистические вожди и их идеологи, предав анафеме частное право и попытавшись построить гражданское законодательство по большевистским канонам, проморгали тот факт, что частноправовые начала живут в самой материи и технике гражданского кодекса (в особенности в варианте 1922 г., во многом построенном по материалам дореволюционного проекта российского Гражданского уложения).

Жаль только, что у российских реформаторов при определении курса и механизмов начатых в 1990-х гг. «кардинальных реформ» не оказалась нужной подготовки и соответствующей нацеленности на то, чтобы использовать не заморский опыт, во многом чуждый нашей культуре, а чудом сохранившийся в условиях советского тоталитаризма потенциал гражданского права для проведения последовательно демократических преобразований. Тем более что этот потенциал с опорой на мировой опыт получил развитие и обогатился в принятом уже в ходе реформ современном Гражданском кодексе России.

Нужно — хотя бы в качестве урока на будущее — видеть, что истоки неудач российских реформ, помимо иных неблагоприятных факторов, кроются не только в преимущественной ориентировке при проведении реформ на силу власти, но и в ограниченном и неквалифицированном использовании потенциала права, по-марксистски воспринимаемого

в основном как сугубо оформительский инструментарий, причем чуть ли не исключительно направленном на восприятие зарубежных образцов, далеко не всегда, однако, адекватных и приемлемых (например, конструкция акционерного общества как способа приватизации, доверительная собственность и др.).

Назначение — «увековечивание» разумных начал в практической жизни

Положения данной главы открывают научную перспективу понимания назначения права как *носителя и проводника высоких разумных начал, их претворения в реальность, в практическую жизнь людей.*

Это значит, что в ситуациях, когда те или иные жизненные вопросы решаются на основе и с помощью права, вступает (или должен и может вступить) в работу *объективированный Разум* — нормативные формы, юридические конструкции и принципы, выражающие высокие рациональные начала и способные претворить их в практику, в реальную жизнь. Причем так, что в жизнь, в реальные жизненные отношения в той или иной мере должны войти важнейшие ценности цивилизации — справедливость, принцип равновесности, а главное — направленность (заряженность) регулирования на субъективные права, свободу человека как носителя субъективных прав, его активность и творчество.

Словом, коль скоро на данном участке жизненных отношений действует право, то это означает, что здесь работают (или должны и могут работать) увековеченные правом рациональные начала, утвердившиеся на основании опыта и отработки при решении юридических дел, а в связи с этим — заряженные Разумом на высокие цивилизационные ценности и идеалы.

Таким образом, получается, что углубление рациональных начал в праве и есть оптимальное направление развития гражданского общества в области социальной регуляции, утверждения в нем ценностей и идеалов свободы человека, его статуса и достоинства, условий его созидательной активности, творческого дела.

Конечно, право каждой страны, в том числе и стран, достигших передовых рубежей постиндустриального и демократического развития, составляют явления пестрые, с элементами различной культурной и гуманистической значимости. И конечно же, с элементами различных юридических реалий, несущих на себе следы сложного исторического развития той или иной страны, состоявшихся и не оправдавшихся

проектов, прозрений и иллюзий, политических страстей, в немалом числе случаев — влияния своекорыстных политических сил и расчетов, произвола и капризов правителей, и вместе с тем выражающих значительные, порой потрясающие достижения ума и таланта.

Но, думается, при всей неожиданности и даже парадоксальности положений данной главы есть весомые научные основания полагать, что важнейший путь возвышения права и придания уготованного ему значения в жизни людей — это путь признания и разработки *права как явления Разума*. И что здесь есть центральное звено, нередко относимое в обычных представлениях к как будто бы заскорузлой, далекой от жизни юридической догматике, — *юридические конструкции*, а также связанные с ними *специфические правовые идеи и принципы*. И что как раз основанная на многообразной жизненной практике и вместе с тем углубленная, утонченная отработка оптимальных юридических конструкций и специфических правовых идей (принципов) обеспечивает такое возвышение права, когда оно в условиях развитой юридической системы гражданского общества становится *носителем и проводником наиболее высоких цивилизационных ценностей и идеалов*.

При таких подходах и таком развитии права можно с достаточной обоснованностью предположить, что в таком случае неизбежно отпадут бытующие ныне настроения, в соответствии с которыми удел юристов — сугубо оформительское дело, умение всего лишь приспособливать те или иные юридические формы к проектным разработкам экономистов и управленцев или, хуже того, одно лишь безропотное, хотя нередко изощренное, порой талантливое служение власти, господствующим политическим и экономическим силам.

Напротив, в данной области практической деятельности и знаний напрашиваются иные ориентации, требующие безусловного учета и безусловного использования специалистами всех отраслей деятельности и знаний, так сказать, законов права, его логики, фундаментальных правовых ценностей и в первую очередь тех, которые выражены в отработанных юридических конструкциях, специфических правовых идеях, принципах. Сверх того есть серьезные основания полагать, что правоведению самой логикой развития социальной действительности и науки уготовано будущее приоритетной, авторитетной и влиятельной области знаний. Ибо все то, что относится к реальной жизни экономических и управленческих принципов, — это развитые, совершенные юридические формы в научном, углубленном их понимании.

Впрочем, это всего лишь попутное замечание и, надо признать, весьма далекое от нынешних реальностей. И не только потому, что

фактическая ситуация с иерархическими зависимостями между специалистами различных отраслей деятельности и знаний («экономистами», «управленцами», «правоведами»), по-видимому, еще долго по ряду причин останется такой, какая она есть сейчас, но и потому, что и само правоведение находится еще в начале пути достаточно полного и основательного овладения всем арсеналом правовых средств, всем комплексом юридических механизмов.

Здесь еще непочатый край работы для науки права, многоплановой исследовательской работы по освоению многообразных юридических механизмов. И когда О. Шпенглер — правда, по иным основаниям — говорит о том, что перед современным правоведением еще «не менее столетия напряженной и глубочайшей работы мысли»¹ (положение, на которое, тоже по иным основаниям, я уже ссылался ранее), он в таком прогнозе недалек от истины.

Правоведение — настоящее и будущее

С учетом рассмотренных в этой главе положений распространенные в нынешнюю пору характеристики правоведения нуждаются в принципиальной переоценке.

Прежде всего, вопреки расхожим представлениям юридическая наука, связанная с практической юриспруденцией, — юридический позитивизм (юридический догматизм) — это не описательная дисциплина «низшего сорта», а полновесная отрасль научных знаний, ничуть не уступающая в данной плоскости общепризнанным по высокому статусу наукам технического профиля. Плюс к тому эта сфера знаний получает все большее признание в качестве высокозначимой научной дисциплины, которая наряду с иными важными проблемами решает коренную задачу в области права — отработку оптимальных правовых средств и, что особо существенно, юридических конструкций, специальных правовых принципов, от уровня которых (прежде всего уровня выраженных в них рациональных, разумных начал) решающим образом зависит надлежащее функционирование, да и само существование современного гражданского общества.

Наиболее яркий, выразительный феномен, демонстрирующий влияние юридической науки на мир права, проявился в тех вариантах исторического государственного и правового развития, когда в области юриспруденции решающее значение приобретали практикующие

¹ Шпенглер О. Указ. соч. Т. 2. С. 84.

юристы, образующие влиятельные слои общества, если угодно — особые сословия.

Именно с такими направлениями государственного и правового развития, вызвавшего формирование влиятельного сословия правоведов-практиков, во многом связано само появление на свет общего, прецедентного права. Прежде всего в том его классическом, «чистом» виде, как это произошло в Англии (а затем в США и других странах англо-американской группы). Появление в Англии в XII—XIII вв. королевской юстиции с общей императивной юрисдикцией, осуществляемой профессиональными судьями, как раз и положило начало тому процессу, который в последующие столетия привел к утверждению в жизни общества мощной юридической системы, имеющей по отношению к местным обычаям единый, унифицированный характер (что и обусловило само наименование действующего права как «общего»).

Нередко при освещении своеобразия общего, прецедентного права подспудно проскальзывает мысль, что здесь, в отличие от права континентальной Европы (в особенности германского права), юридическая наука осталась в стороне от мирового правового развития. Да, английская юридическая система не испытала того прямого влияния, которое в континентальной Европе оказали на развитие позитивного права греко-римская культура, философия просветителей, теория естественного права, ценности римского права (пандектистика).

Но в Англии произошло явление не менее значительное. Еще в средневековую эпоху в ней в связи с формулярным процессом — точно так же, как тысячелетием ранее в Древнем Риме, — начало складываться и развиваться, так сказать, *первородное* юридическое мышление, выраженное в ориентировке на строгие юридические категории, механизмы, конструкции, соответствующие правовые идеи и концентрируемое в устойчивых представлениях сословия юристов. Оно, это своеобразное юридическое мышление, не получило (как это произошло в культуре римского права) такого же теоретизированного выражения, как в логических суждениях юристов-классиков золотого века римской юриспруденции, а затем, уже в Средневековье, — в разработках глоссаторов, в пандектистике. Здесь, на английской земле, в ходе правового развития оказались как бы кристаллизованными, заложенными в саму органику правовой жизни первородные основы истинного правоведения, которое в силу юридической логики неизбежно выводит на фундаментальные юридические идеалы и ценности. И надо отдавать отчет в том, что это тоже истинная юридическая наука, притом в истинном, самом строгом ее значении, что впоследствии оказало столь

внушительное позитивное влияние на демократическое развитие Великобритании, других стран с прецедентными юридическими системами, в том числе и на формирование юридической системы США¹.

С особым сословием юристов (в основном нотариального профиля) связано становление юридической системы Франции, воплотившей и сохранившей на века идеалы и принципы Великой французской революции. И здесь решающую роль сыграло не только поистине гениальное нововведение в юридическую систему организационных и правовых построений Наполеона (таких как Гражданский кодекс 1804 г., институт высшего административного правосудия — Государственный совет, уникальная самобытность Конституционного совета, смысл и структура муниципального самоуправления и др.), но и своего рода общий юридический климат, настроенный как на идеалы революции, так и на точность и определенность юридических отношений, принципиальное значение их надлежашего, при необходимости — нотариального, закрепления, строго государственного обеспечения.

Наряду с той значительной ролью, которую играют в мире права юристы-практики, сословия юристов (притом, что наиболее существенно, через сферу юридического мышления, правовых идей), необходимо отдать должное и тому направлению развития правоведения, стержнем которого являются научные обобщения высокого уровня — *теория права*.

Конечно, понимание глубин юридической материи требует хотя бы адекватного восприятия самого феномена права, а отсюда — непростых специальных юридических знаний, стремления проникнуть в существо, казалось бы, простейших юридических понятий, выработанных догматической юриспруденцией, — «субъект», «объект», «правомочие», «притязание» и т.д., знания простейших юридических конструкций.

¹ Особенности развития общего, прецедентного права в США, так же как и в Англии, во многом связаны с сословием юристов, с тем типом юридического мышления и правопонимания, который сопряжен с деятельностью юристов-практиков. И здесь, по словам Макса Вебера, наблюдается та закономерность правового развития, в соответствии с которой правовой стиль какого-либо определенного общества отчетливо проявляется в профессиональном образовании и деятельности, в сословных организациях и экономических интересах юристов, именуемых Вебером юристами высокого ранга (*Weber M. Wirtschaft und Gesellschaft. Tübingen, 1956. S. 457 ff.*).

Вместе с тем представляется весьма важным учитывать как несомненные достоинства американской юриспруденции — ее непреклонность в утверждении прав и свобод человека и придание приоритета в юридической области правосудию, так и ограниченность и однобокость юридических подходов и образа мысли, характерные для них тенденции отторжения собственно юридических ценностей (особенно отработанных в мировой юриспруденции юридических конструкций), склонность к замене их категориями чисто экономико-прагматического, узкосоциального и даже личностно-психологического характера.

Но стоит только встать на путь основательной научной проработки даже такого, казалось бы, схоластического правового материала, как оказывается, что в юридической материи обнаруживается *своя высшая математика* — свои своеобразные свойства, сложные и тонкие связи и соотношения, для которых характерны и построения высокого порядка, образующие уникальное социальное богатство, и особая юридическая логика. Эта логика, базирующаяся на сочетании «должного» и «сущего», «долженствования» и «возможного», в ряду других уже отмеченных в предшествующем изложении оснований, состоит, в частности, в том, что особенности права, характерные для него связи и соотношения неизбежно стягиваются (даже в неблагоприятной для права социальной среде) к своему центральному звену — к субъективным юридическим правам, как бы по самой юридической логике требуя в том или ином виде и значении свободы для субъектов, исключения из жизни людей произвола, насилия. И она, эта юридическая логика, в силу своих оснований и особенностей уже несет в себе необходимые предпосылки и перспективу движения человечества к более высоким ступеням цивилизационного развития.

Думается, с учетом изложенного выше материала есть основания утверждать, что в связи с особенностями права, его уникальным, не имеющим альтернативы богатством правоведение и правоведы призваны занимать высокое место в социальной иерархии общества. И не только потому, что они имеют ближайшее отношение к ключевым проблемам общества, прежде всего к политической власти и к собственности, нередко напрямую включаясь в соответствующие политические и коммерческие структуры. Но и потому, что состояние действующего права, выступающего в качестве явления интеллектуального порядка, существенным, а нередко и решающим образом зависит от состояния науки, творческой активности правоведов — и юристов-практиков, и юристов-теоретиков.

С этой точки зрения имеются весомые основания полагать, что именно в области юриспруденции науке и специалистам-профессионалам уготовано особое, если угодно, повышенно значимое место, ничуть не уступающее, а в чем-то превосходящее значение науки и профессиональной деятельности в иных социальных сферах (включая экономику, управление).

Конечно, подобная оценка оправданна постольку, поскольку имеется в виду действительно независимая наука, исповедующая высокие идеалы истины, приверженности к общечеловеческим ценностям, служения людям.

И конечно же, в сфере правоведения нужно видеть действительность такой, какая она есть на самом деле. Видеть то, что деятельность юристов во многих случаях замкнута на одном лишь обслуживании интересов государственного аппарата, а порой, особенно при доминировании авторитарной власти и тоталитарных режимов, напрямую носит придворный характер, строится по принципу «чего изволите?» и, к несчастью, подчас утрачивает даже подобие правовой деятельности в ее истинном значении.

Но как бы то ни было, в праве, даже при самых неблагоприятных условиях имеются гуманитарные начала. А наука всегда есть наука, в ней изначально заложен своего рода кодекс научной чести и научного подвижничества. И во все времена в правоведении служили истине, ценностям и идеалам права крупные ученые-правоведы, великие умы, такие как Р. Иеринг, Л. Дюги, Г. Кельзен, Л. Петражицкий, И. Покровский, Э. Рабель и др. Всегда, даже в самых тяжелых политических и социальных условиях, в практической юриспруденции, наряду со всем негативным и в противовес ему, достойное место занимали юристы-подвижники, стремящиеся утвердить в жизни — пусть и сообразно соответствующим условиям и времени — высокие идеалы и фундаментальные ценности права.

Здесь есть предпосылки и для более основательных выводов. Надеюсь, не будет преувеличением утверждать, что *именно истинное положение правоведения и правоведов в том или ином обществе является показателем использования в обществе потенциала науки и, одновременно, действительного состояния права и законности в данной стране*. Стремится ли государственная власть как бы приручить правоведов, втянуть их в свою машину властвования и сформировать податливую и облагодетельствованную властью придворную юриспруденцию (первый вариант) или же государственная власть (второй вариант) поддерживает самостоятельность и независимость отечественного правоведения, поддерживает его как суверенную сферу социальной жизни, терпит любые ее основательные разработки и неизменно считается с ней в практической жизни, — именно это является безошибочным «индикатором» фактического положения в области права данной страны, его действительных возможностей и судьбы.

ГЛАВА ДЕВЯТАЯ ПРАВО ЧЕЛОВЕКА

Идея и современность

Право под углом зрения его высших характеристик, наряду с рациональными началами правовой материи, имеет еще одну грань высшего значения.

Это — его становление и развитие как *права человека*.

В связи с этим — сначала об идее прав человека, рассматриваемой с точки зрения принятых в настоящее время представлений (то есть как о правах субъективного порядка, принадлежащих человеку, гражданам).

Принципиальные основы идеи прав человека заложены в эпоху Просвещения, Великой французской революции. Они выражены в декларациях, конституциях и других документах того времени, в частности в словах: «все люди созданы равными и наделены Творцом определенными неотчуждаемыми правами»; «цель всякого политического союза — обеспечение естественных и неотъемлемых прав человека», прежде всего таких «неотчуждаемых и священных» прав, как «жизнь, свобода, стремление к счастью, собственность, безопасность личности» (Декларация независимости США 1776 г.; Декларация прав человека и гражданина Франции 1789 г.). Итоговая формула такого понимания прав человека закреплена уже в настоящее время в ст. 1 Всеобщей декларации прав человека, в которой говорится: «Все люди рождаются свободными и равными в своем достоинстве и правах. Они наделены разумом и совестью и должны поступать в отношении друг друга в духе братства».

Вместе с тем надо видеть, что во второй половине XIX — начале XX в. идея прав человека в обстановке бедствий дикого капитализма, экономико-социальных кризисов и социалистических иллюзий начала заслоняться представлениями о приоритете «прав трудящихся» и о будто бы безусловном верховенстве в жизни общества государственной власти.

«Потребовались» (увы, приходится именно так говорить) неисчислимые жертвы и беды Второй мировой войны, смертный ужас нацист-

ского и иных тиранических режимов, чтобы идея прав человека вновь заняла достойное место среди передовых взглядов, духовно-интеллектуальных свершений человечества.

Более того, эта идея к середине XX в. не только была как бы заново выстрадана человечеством, поднята на высокий уровень общественного признания, но и обогатилась новым, основательным социальным содержанием. И именно в таком качестве она начиная с 1950—1960-х гг. стала реально осуществляться — не всегда и не во всем, впрочем, последовательно — в развитых демократических странах. Причем так, что можно признать исторически доказанным фактом реальную возможность существования и успешного функционирования такого социального и государственного строя, в центре которого — человек, личность с высоким статусом, достоинством, неотъемлемыми правами (не это ли крупнейшее, не сравнимое ни с чем иным, свершение человечества XX в.?).

Два основных положения характеризуют это новое, современное содержание идеи прав человека.

В о - п е р в ы х, именно права человека, выраженные в общественном и государственном строе общества, оказались силой — не исключено, единственной надежной и действенной, — способной стать преградой тирании и определить модернизацию общества, его восходящее развитие в интересах человека. Демократия, сводимая (в представлении многих людей, к сожалению, до сей поры) к одним лишь институтам свободных выборов в условиях доминирования силовых методов власти, большего денежного мешка и изощренных избирательных технологий, показала себя в XIX — первой половине XX в. в качестве политической структуры, в ряде случаев вполне совместимой с авторитарными и даже тоталитарными режимами. Отсюда и необходимость поставить в центр жизни общества человека как такового, личность с высоким статусом и достоинством, неотъемлемыми правами и реализовать такую организацию социальной жизни в общественном и государственном строе страны.

В связи с этим примечательно, что передовые мыслители нынешнего времени особо выделяют права человека как первейшую основу современной организации жизни людей. Так, Ю. Хабермас, рассматривая главное наследие Французской революции (которая по значению для развития человечества, по его словам, ни с чем «несопоставима»), указывает на то, что именно права человека наряду с демократией «образуют универсальное ядро конституционного го-

сударства»¹. И что, более того, «права человека обладают нормативным приоритетом перед демократией»².

В о - т о р ы х, права человека оказались именно тем социальным началом, которое призвано определить высокий правовой статус человека, не уступающий положению государства как суверена — носителя политической власти. Причем высокий статус не только по отношению к тому или иному государственному органу или должностному лицу (как это склонны интерпретировать приверженцы приоритета «государственности», «державности»), а в отношении государства в целом.

По словам замечательного русского правоведа-мыслителя И.А. Покровского, «есть такие «неотъемлемые права человека», которые никаким законом уничтожены быть не могут, которые даже для государства в целом недостижимы. Если всякое субъективное право обеспечивает личность от произвола властей, то идея «неотъемлемых прав» направляется против г о с у д а р с т в а к а к т а к о в о г о. Самоутверждение личности достигает здесь в юридическом отношении своего кульминационного пункта. Некогда безгласная овца в человеческом стаде, она заявляет теперь претензию на роль равноправной с государством державы»³.

Теперь — пункт, к которому хотелось бы привлечь внимание.

Возвышение прав человека во второй половине XIX в. (во всех указанных ранее характеристиках) — это наряду со всем другим не что иное, как обретение ими особенностей *ю р и д и ч е с к о г о п р а в а*.

Эти особенности имеют две грани.

Во-первых, придание неотъемлемым правам человека *непосредственно юридического значения и действия* — основы юридически значимых последствий.

Существенный шаг в данном направлении был сделан уже в первые послевоенные годы. В декабре 1948 г. ООН приняла Всеобщую декларацию прав человека, юридически закрепившую на международно-правовом уровне эту, ранее в основном декларативную, категорию.

Затем конституции ряда европейских стран (притом — знаменательно! — прежде всего стран, испытавших на себе ужасы фашистской тирании — Германии, Испании, Италии) сообщили правам человека, в первую очередь основным, фундаментальным, непосредственно юридическое действие и плюс к тому — приоритетное

¹ Хабермас Ю. Демократия. Разум. Нравственность. М., 1995. С. 57, 60.

² Там же. С. 34.

³ Покровский И.А. Указ. соч. С. 309.

значение во всей данной национальной государственно-юридической системе.

Во-вторых, — и этот момент наиболее важен, права человека через национальное законодательство и юридическую практику стали постепенно воплощаться в гарантированных правовых нормах, юридических конструкциях и специфических правовых принципах, то есть обретать особенности, которые характерны для материи, тела позитивного права, и, стало быть, входить в новое качество, *становиться объективным правом — правом человека*.

Последний пункт представляется особо важным: он знаменует качественный поворот во всей проблематике прав человека.

Право человека — особый смысл

Категория «право человека» — *принципиально новая*. Она характеризует иную плоскость правовой действительности и ее понимания, нежели понятие «права человека», трактуемое только в личностном ракурсе, то есть в значении прав личности (хотя последние — исходное звено, важнейшая и определяющая ее составляющая).

Здесь уместно напомнить азбучные положения науки, в соответствии с которыми право в юридической области выступает в двух качествах — «субъективных прав» и «объективного права».

Права человека в общераспространенном их понимании — это категории личностного порядка, то есть *субъективные права* — возможности конкретной личности, субъекта. В эпоху Просвещения и в последующее время, вплоть до середины XX в., они так и понимались, более того, в принципе не имели юридического характера, выступали в качестве некоего духовного начала, требований естественного права, имеющих преимущественно идеологическое, гражданственное, моральное значение.

Обретение же правами человека непосредственно юридического значения и действия (и тем более их воплощение в юридических конструкциях и специфических юридических принципах) означает, что они возвышаются *до уровня объективного права*. То есть процесс, в результате которого и они сами, права человека как субъективные явления, становятся полнокровными *юридическими* правами со всем набором появляющихся (для данной категории) в связи с этим юридических средств и механизмов.

Такое преобразование, резко меняющее социальный и юридический статус рассматриваемой категории, обусловлено с юридиче-

ской стороны тем, что прямое юридическое действие прав человека в качестве юридически исходного и вместе с тем определяющего звена означает их *признание в качестве юридических прав непосредственно государством, и прежде всего судами*, и, значит, сообразно процедурам демократического общества, вступление в работу всех звеньев юридической системы, когда постепенно, звено за звеном начинает реально действовать *объективное право в целом*, весь комплекс его средств и механизмов — тех, которые характерны для надзорной деятельности прокуратуры, следственных учреждений, всех судебных инстанций, судебнo-исполнительных органов. Да так, что в итоге перед нами возникает новое качество. *Явления из области сугубо субъективного (и во многом декларативного) порядка возвышаются до уровня объективного права, всех существующих в стране юридических механизмов и инстанций.*

Именно здесь, по всем данным, перед нами *своего рода кульминация, итог принципиально нового* из всего того, что способно качественно обогатить современное понимание прав человека. Сама постановка вопроса о праве человека как об объективном праве переводит общие, нередко сугубо декларативные, лозунговые формулы в разряд строго юридических явлений. И, значит, вводит сюда, в сферу прав человека, *те юридические механизмы и правовые средства, которые способны перевести устанавливаемые законом юридические возможности (субъективные юридические права) в плоскость социальной реальности. Функции права в их единстве с правами человека* являются убежищем от произвола, институтом свободного самоутверждения человека, свободы и творческой активности людей (сохраняющим вместе с тем и даже упрочивающим на указанной основе качества эффективного общеобязательного нормативного образования).

С этой точки зрения формирование права человека как объективной реальности — это *самый главный перелом в мире правовых явлений и правовых представлений из всех, произошедших за человеческую историю*, и соответственно этому (уже по иному, более широкому кругу проблем) *переход от понимания права как права власти, исключительно силового явления, сугубо властно-государственного образования к его пониманию как самостоятельного образования, возвышающего над властью*, — исторический перелом, без которого в принципе невозможно утверждение важнейшего начала гражданского общества — *верховенства права.*

Проблемы

В отношении прав человека и обретения ими качества объективного права в настоящее время возникли определенные проблемы. Особо острые и болезненные в странах, в которых (после долгого господства коммунистической системы) только намечается становление современного гражданского общества, завоеваны лишь некоторые исходные рубежи для действительного демократического развития на основе культуры прав человека.

Первая среди них, действительно острая (но, думается, еще в полной мере не понятая), — это *обескровливание, размывание* прав человека в политической жизни, в науке, в общественном мнении и, увы, в законодательных документах. Основанием для такого размывания, как это нередко бывает, стали реальные процессы, происходившие в XIX–XX вв. в человеческом обществе в связи с нарастающей модернизацией общества в условиях экономических и политических свобод, гигантского научно-технического и общественного прогресса, что потребовало углубления представлений о правах человека.

К сожалению, развитие представлений о правах человека в немалой степени приобрело экстенсивный характер — выразилось (не без влияния коммунистической пропаганды и усилий социалистических стран) в расширении каталога этих прав, появлении так называемых прав человека второго поколения, третьего поколения и т.д.¹

¹ Мало кто при этом принял во внимание то обстоятельство, что подобное расширение общепризнанной гуманитарной категории имело политизированный характер — произошло в ООН в результате прямого и настойчивого идеологического и дипломатического воздействия советского государства, руководящие инстанции которого преследовали цель лишить категорию прав человека «буржуазной» трактовки и, напротив, сообщить ей «социалистический» характер, «обогатить» ее достижениями сталинской Конституции, постулатами марксистской идеологии.

В обстановке почтительной эйфории, которая была характерна для отношения к Советскому Союзу после его победы над гитлеровским фашизмом в первые послевоенные годы, а также благодаря настойчивости и ухищрениям советских дипломатов и идеологов, перетянувших на свою сторону многих представителей стран «третьего мира», и возникли предпосылки, на основе которых, наряду с причинами объективного порядка, при записи соответствующих положений в документах ООН было достигнуто включение в состав неотъемлемых прав человека социально-экономических прав «второго», а потом и «третьего» поколений. К правам «третьего» поколения обычно относят коллективные и солидарные права — права народов (право на мир, на здоровую окружающую среду, право на коммуникацию и др.), а также, по мнению отдельных авторов, такие экстравагантные «права человека», как право не быть убитым во время войны, право на сон, право на самообразование и т.д. В литературе даже высказано предположение о возмож-

Между тем, признавая без каких-либо оговорок важность в современных условиях всей суммы гражданских прав людей (по большей части зависящих от экономического положения и деятельности государственной власти), необходимо видеть исконную, первородную суть фундаментальных прав человека как таковых. Видеть то, что по исторически исходному значению неотъемлемые права человека (права прирожденные!) призваны утверждать самоценность человека, его право на жизнь, его высокое достоинство и свободу, его центральное место в жизни общества, основополагающие духовные и нравственные начала личности и в этом отношении защищать человека от произвола и насилия, прежде всего от произвола самой могущественной силы в обществе — государственной власти, ее стремления к всестороннему, тотальному господству в обществе, оправдываемому, как правило, некими высокими патриотическими, этическими, социальными целями¹.

С этой точки зрения вполне обоснованны, как это сделано в ряде конституций демократических стран, *выделение и особая юридическая констатация основных (фундаментальных) прав человека*. Хотя в то же время нельзя сбрасывать со счетов и тот факт, подтверждаемый реальной практикой, что нарушение любых гражданских прав и даже прав, вытекающих из имущественных, семейных и иных конкретных юридических отношений, может при известных обстоятельствах затронуть и основные права человека, в том числе право на жизнь, свободу, достоинство человека и др., и тогда, казалось бы, «рядовая» юридическая проблематика переключается на плоскость категорий и оценок более высокого юридикто-гуманитарного уровня.

Акцент на основных (фундаментальных) правах человека тем более важен потому, что именно с ними сопряжены наиболее значимые и острые проблемы современности, в том числе и те, которые касаются тенденций, связанных с появлением на свет потребительского об-

ности «четвертой волны» в понимании прав человека, когда этой категорией могут быть охвачены права, связанные с запретом абортов, и право на эвтаназию.

¹ Те же социально-экономические и иные «права», которые относятся ко «второму» и «третьему» поколениям, во многих случаях ставят человека не только в зависимость от уровня развития общества, его богатства, но и в зависимость от власти, от ее состояния и усмотрения чиновников. Так что, казалось бы, благое дело — расширение каталога прав человека — на деле обескровливает эту основополагающую гуманитарную категорию, приводит, если угодно, к устойчивому настроению дискредитации самой категории прав человека — процессу, происходящему в результате включения в нее с помощью международно-правовых документов и научных деклараций все новых «поколений», вплоть до «права на самообразование», «права на сон».

щества, негативов либерализма, других отрицательных явлений современности. В частности, обретение людьми персональной свободы, раскрепощение личности, всплеск ее активности и связанная с этим взрывная модернизация общества, зигзаги капиталистического развития, магия потребительства — все это, как оказалось, сопровождается также и негативными явлениями, вызывает к жизни новые социальные трудности и беды, которые отодвигают права и свободы человека на обочину социальной жизни, заслоняют их императивной властной деятельностью государства.

С особой силой они обрушились на людей в XX в., обернулись в условиях наследия прошлого истребительными мировыми и «малыми» войнами, глобальными экономическими потрясениями, кровавыми тоталитарными режимами, вакханалиями насилия и террора, крайне острыми на почве идеологических догм, этнических страстей, распада империй, жажды скорого присвоения власти и собственности, изощренных потребительских благ. В такой обстановке произошло новое (после режимов традиционных обществ) возвеличивание государственной власти, для которого характерны повсеместная ориентировка на реальные политические интересы, на всемогущество государства, а отсюда — на некое оправдание ущемления статуса и прав личности, на подспудную, а подчас открытую смену приоритетов в шкале социальных ценностей, все больший расчет на самооценность политических институтов, крепкой государственности, державности, силовых ведомств.

В этой обстановке, переходящей в XXI в., в новое тысячелетие христианской эры, оказались в высшей степени важными не только восстановление и сохранение категорий неотъемлемых прав человека в их истинном, первородном значении (и не только, надо добавить, их развитие и конкретизация именно в таком исконном значении), но и углубление самого их понимания, раскрытие и утверждение новых граней в представлениях и практической деятельности, и прежде всего в плоскости соотношения фундаментальных прав человека с политической властью.

С этой точки зрения высокий смысл есть в конституционном развитии европейских стран, переживших в 1920–1940-е гг. ужасы фашистских режимов, — Германии, Испании, Италии. Именно в этих странах, как уже упомянуто, в отличие от всех других государств, казалось бы, с предельно совершенными, устоявшимися демократическими традициями, сразу после крушения тоталитарных фашистских режимов в первых же послевоенных конституциях выделена в каче-

стве решающей и действенной гарантии против тоталитаризма категория «основные права человека». И главное, основные права человека в конституционных текстах указанных стран поставлены на первое место (внимание! впереди общих деклараций и положений о государстве!), что *придало этим исходным гуманитарным нормам основополагающее значение в построении и в функционировании всей государственно-правовой системы.*

Попытка подобного же рода при подготовке российской Конституции не реализовалась. Статья конституционного проекта, предусматривающая непосредственное юридическое действие прав человека, оказалась после аппаратных «доработок» перенесенной в главу вторую, а первое место в тексте заняли положения о государстве. Но она все же есть, статья 18 Конституции России, предусматривающая, что права и свободы человека определяют «смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти»; и это позволяет в борьбе за права человека в российском обществе опираться на высокочастотное конституционное основание.

В качестве следующей крупной проблемы в области прав человека следует указать необходимость, обусловленную требованиями времени, *повышенного общественного внимания к определенным группам прав человека, их более четкой и строгой юридической констатации, возвышения на более высокий уровень правовой защиты.*

Здесь прежде всего имеется в виду такое фундаментальное право человека, как *свобода слова* (а в связи с этим и частные ее проявления — *гласность и прозрачность* государственной жизни). Факты жизни, в том числе последнего времени, показали, что от реальности этого фундаментального права, от придания ему приоритетного значения решающим образом зависит общее состояние демократии в обществе. Отсюда — острая потребность разработки и введения в действие юридически отработанных мер, обеспечивающих автоматическую и жесткую реакцию через механизмы правосудия на каждый случай ущемления или умаления этого фундаментального права человека.

Еще одна проблема такого же свойства. Среди неотъемлемых прав человека в настоящее время все большее значение приобретает право, решающим образом реализующее самоценность человека, — *право на жизнь*. Увы, именно так: в отношении, казалось бы, самой первой и простейшей, по сути элементарной, само собой разумеющейся основы статуса личности приходится говорить как о предельно актуальной (и чуть ли не юридически утонченной) характеристике гуманитарных прав в современном их понимании.

Между тем при всей важности других современных трактовок прав человека один из непреложных выводов из кровавых войн-боев XX в., жутких последствий тоталитарных режимов 1930–1940-х гг. (с газовыми камерами, коллективной ответственностью, уничтожением этнических групп населения, расстрелами по спискам, гуглаговским кошмаром, государственным террором) состоит как раз в придании *абсолютного значения праву каждого человека на жизнь*. Причем в самом точном и строгом смысле, таком, когда абсолютное значение приобретает недопустимость убийства, лишения жизни, физического уничтожения (ликвидации) человека кем бы то ни было, в том числе государством, любой иной силой, какие бы мотивы и основания — идеологические, политические, нравственные — ни приводились в оправдание такого рода акций.

Отсюда — справедливо возобладавшая в последние годы линия на недопустимость терроризма во всех его разновидностях (индивидуального, группового, государственного). И одновременно все более и более утверждающееся в современном мире (и в немалой мере уже реализованное в демократически развитых странах, кроме США), при всей противоречивости проблемы и мощных контрдоводах, императивное требование об отмене смертной казни как меры наказания за преступления, определяемой ныне многими правозащитниками как «убийство под прикрытием закона».

И отсюда же — все более крепнущее (пусть пока не всегда строго формулируемое) убеждение о недопустимости использования при решении внутригосударственных проблем методов войны, когда пусть даже в сложных, критических ситуациях, но в условиях мирного времени вступает в прямое, полномасштабное действие регулярная армия с ее тяжелым вооружением, рассчитанным на массовое поражение людей. И, конечно же, необходимость новых, более строгих и жестких оценок, а в связи с этим — подходов к явлению войны вообще, с ужесточением законов войны, норм о военном и чрезвычайном положении, гарантий и ответственности в этой критической сфере человеческого бытия, которая по мере человеческого прогресса обречена в перспективе на то, чтобы перейти из области «возвышенного и героического» (к чему ныне пока имеются основания) в область «гуманитарно-терпимого», допустимого лишь по жестким критериям «крайней необходимости».

Не будет лишним иметь в виду и то, что сама оправданность уничтожения человека, объявляемого врагом («врагом народа», «террористом», «троцкистом-бухаринцем»), представляет собой один

из основных постулатов сугубо коммунистических, большевистских трактовок права. Недопустимость такого постулата — важнейшее начало права современного гражданского общества. В связи с этим, как показывают события последнего времени, безошибочным показателем (тестом-индикатором), свидетельствующим о реальной приверженности того или иного лица истинным началам прав человека либо об исповедовании им идеологии силового характера, является сам факт, допускается ли этим лицом, во имя каких угодно высоких целей, сама возможность физического уничтожения и ликвидации людей, объявляемых без суда и современных процессуальных процедур врагами народа и государства, бандами, преступниками.

Юридический аспект

Одна из фундаментальных задач нынешнего времени (особенно для стран, освобождающихся из-под ига тоталитарных режимов и проходящих в таком многосложном процессе ряд промежуточных стадий) — это переход от общих деклараций и славословий по правам человека к реальному делу.

Условия, пути и способы решения возникающих здесь проблем, направленные на превращение в жизненную реальность современной культуры прав человека, многообразны. Они сопряжены со степенью утверждения в обществе начал последовательно демократической, либеральной цивилизации, институтов современного гражданского общества, с природой, характером и честностью политической власти, деятельностью общественных правозащитных организаций, реальной практикой и мужеством действительных подвижников правозащитного дела, со многими другими реалиями и факторами нашего сегодняшнего бытия.

Но быть может, среди этих различных условий, путей и способов есть ключевое звено?

Да, есть такой центральный пункт. Это как раз такое *юридическое возвышение прав человека, когда они обретают качество объективного права.*

Отмечая только что названные (и кратко рассмотренные) проблемы прав человека, не упустим из поля зрения то обстоятельство, что *решающее значение по вопросам прав человека имеет их юридический аспект.* И, стало быть, понимание того, что все они так и останутся острыми и нерешенными вопросами современности, выраженными в ло-

зунгах, заклинаниях и призывах, до тех пор, пока не будут выработаны оптимальные варианты их решения, которые должны выходить на право. То есть пока они не воплотятся в *праве человека*, содержащем отработанные юридические нормы, юридические конструкции и принципы, способные фактически, на деле, реализовать при помощи всей системы юридических механизмов данной страны высокие гуманитарные ценности и идеалы.

Что это за юридические нормы, конструкции и принципы?

К счастью, многие из них (во всяком случае, по своим основам, классическим построениям) уже выработаны за многовековую историю юриспруденции, стали достоянием юридической культуры. Другие нуждаются в модификации, развитии, выработке новых компонентов, соответствующих требований надлежащего юридического обеспечения прав человека.

Так, при решении вопросов, связанных с юридическим обеспечением свободы слова, была бы оправданной проработка возможности использования таких юридических конструкций и принципов, которые построены на признании *абсолютного характера* (по существующим юридическим определениям или с известными элементами *sui generis*) субъективного права, выражающего и гарантирующего свободу слова, и, стало быть, такого построения (допустим, права по лицензии на телевидение и радиовещание), в соответствии с которым продолжение, пролонгация этого права на то или иное время носит автоматический характер (и, соответственно, лишение этого права может производиться только в судебном порядке по исчерпывающему перечню оснований, предусмотренных в законе).

Аналогичные соображения можно высказать и по другой острой проблеме — исключение самой возможности уничтожения людей без суда (во всяком случае, без судебного подтверждения соответствующих фактов, подчас констатируемых только спецслужбами) и действия всего комплекса процессуальных процедур, неизбежно наступающей в результате использования методов войны при решении внутригосударственных проблем.

Такого социального результата можно достичь не только путем введения соответствующих конституционных запретов (запрет на использование регулярных вооруженных сил при решении внутригосударственных проблем предусматривался в первых вариантах проекта российской Конституции), но одновременно и путем установления юридически отработанного порядка использования регулярных вооруженных сил внутри страны. Порядка, при котором подобное исполь-

зование армии допускается, например, лишь по основаниям, строго определенным законом в исчерпывающем перечне, с констатацией их наличия в правосудном порядке, что и должно в автоматическом режиме открывать или не открывать по данным акциям бюджетное финансирование (вопрос о выработке и введении подобных законодательных установлений выдвигался в печати еще в обстановке Первой чеченской войны 1994—1996 гг.).

Вопросы глобализации

Наряду с приобретением правами человека качеств гарантированного и сильного объективного права принципиальное значение имеет *приобретение такого рода правами человека г л о б а л ь н о г о* значения.

Суть дела в том, что право — явление универсальное, общечеловеческое, а также в том, что реализация ценностей и идеалов права (и прежде всего тех, которые относятся к правам человека) должна не только получать фактическую жизнь через институты и механизмы объективного права данного государства, но и, по всем данным, *реализоваться в мировом сообществе* — в международном праве, в самом законосообразном порядке внешних связей государств, а главное — в состоянии и в настроенности права, характерных для мирового сообщества. Процесс, который сообразно аналогичным явлениям в экономике и политике в настоящее время определяется в качестве феномена *глобализации*.

Вопросы глобализации обычно рассматриваются в отношении экономики, информационной сферы, культуры, досуга и т.д. Здесь они сопряжены с проблемами, вызывают разноплановые оценки, для чего наличествуют известные основания. Особо острые — в отношении экономически отсталых стран и регионов, где процессы глобализации, при всей их неодолимости и позитивных сторонах, подчас прикрывают господствующий статус и интересы наиболее могущественных государств, деятельность транснациональных структур, их претензии на расширяющееся господство и диктат. Да и вообще, включение того или иного государства в «глобализированную» мировую экономику — процесс сложный, противоречивый, не до конца еще всеми оцененный и определившийся (во всяком случае такой, который бы гармонически сочетался с суверенностью и самобытностью всех государств).

Но вот в области права процесс глобализации достоин, безусловно, положительной и конструктивной оценки. Здесь он наиболее примечателен, а быть может, и наиболее принципиально важен, конструктивен и плодотворен. Причем речь идет не о праве вообще и тем более не о праве

сильного, а о гуманитарных началах права в целом и о системах национального права в той их части, которая не затрагивает отношения и факторы национальной культуры и истории (в частности, семейные и близкие к ним отношения). Речь идет именно о *праве человека*.

Каковы доводы, обосновывающие это положение?

Главный из них заключается не только в том, что именно от права (права человека!) решающим образом зависит реализация и других процессов глобализации в их позитивном значении, но и в том, что право — это по самой своей природе, как уже упомянуто, *универсальный* институт в жизни людей на нашей планете. А общезначимым, всецивилизационным звеном этой универсальности являются как раз общепризнанные, фундаментальные права человека.

Вполне понятно поэтому, что в странах, особенно тех, которые только вступили на путь формирования права современного гражданского общества (и тем более в экономически отсталых странах), опорными точками для такого правового развития должны стать как внутреннее, существующие в данном обществе условия и импульсы, так и те планка и порог правовых ценностей и идеалов, которые должны быть непреложными для человеческого сообщества на современной стадии развития цивилизации, — ценности *права человека*.

Весьма важно, что в этой области постепенно обозначается и такая сторона формирующегося мирового правопонимания, в соответствии с которой также и национальные правовые системы призваны действовать сообразно современным правовым ценностям.

Здесь прежде всего имеются в виду события 1998–2000 гг., связанные с делом Пиночета, бывшего чилийского диктатора. Генерал Пиночет, глава военной хунты, совершившей в начале 1970-х гг. государственный переворот и учредившей затем репрессивный режим в Чили, был в 1998 г. во время частной поездки задержан в Великобритании по обвинению, представленному Испанией, в преступлениях против человечности.

В то время, когда пишутся эти строки, казалось бы, все точки над «і» в этом деле давно уже поставлены. Пиночет в связи с состоянием здоровья по сугубо гуманитарным соображениям не был выдан Испании, а получил возможность вернуться в Чили.

Но как бы то ни было, главное, что имеет принципиальное значение для права в начале нового, третьего, тысячелетия христианской эры, в деле Пиночета *уже произошло*. Это главное заключается в том, что нарушение прав человека в любой стране получает оценку в качестве деликта надгосударственного порядка. А это значит, что *права человека становятся действующим правом в глобальном отноше-*

нии — на «наднациональном» уровне, и что, следовательно, права человека обладают, скажем так, *универсальной юридической силой*. И главное — в соответствии с приоритетом международного права каждая национальная юридическая система призвана строиться сообразно принципам и критериям *права человека*.

Приведенные положения получают новое подкрепление в связи с тем, что в 2000—2005 гг. судебные инстанции Чили — судя по всему, с учетом мировой реакции по данному делу — лишили Пиночета парламентской неприкосновенности и привлекли бывшего диктатора к юридической ответственности (именно в связи с нарушениями прав человека возглавляемой генералом военной хунтой, притом более чем десятилетней давности). Значит, и на уровне национальной юрисдикции идея верховенства прав человека, к тому же в отношении ответственности недавнего политического лидера, становится ведущим правовым началом демократического общества, согласующимся с универсальным, надгосударственным значением общепризнанных прав человека.

Тут нужны еще вот какие дополнительные пояснения. В мировой юридической практике и до дела Пиночета права человека уже начали получать признание в качестве непосредственно действующих, обладающих прямой юридической силой, независимо от установлений той или иной национальной юридической системы. Еще в 1996 г. судебные инстанции Германии посчитали возможным на основании положений о правах человека привлечение к ответственности деятелей другого, притом уже не существующего государства — бывших деятелей ГДР за действия, которые они совершали по существовавшему в свое время (но к рассмотрению юридического дела утратившему силу) «социалистическому законодательству».

В Великобритании при рассмотрении дела Пиночета такого рода линия не только получила завершение в виде признания глобального, надгосударственного юридического статуса прав человека, но и в соответствии со спецификой общего, прецедентного права Великобритании нашла отражение в самом содержании действующей юридической системы. Ибо (сторона проблемы специального характера, не всегда принимаемая в расчет) право Великобритании характеризуется как раз тем, что в нем как в системе общего прецедентного права демократические правовые ценности и идеалы не просто учреждаются декларациями «сверху» (что во многих случаях на долгое время оставляет их сугубо бумажными или даже пропагандистскими формулами), а формируются и утверждаются в самом процессе решения юридических дел судом, судебной практикой и по своим результатам прямо

входят в действующую юридическую систему, а отсюда и в практику правовой и политической жизни.

Есть весомые основания полагать, что *перед нами — с а м о е з н а ч и т е л ь н о е* явление в процессе преобразования (точнее, перенастройки) права в соответствии с требованиями современного гражданского общества. Сейчас, в начале нового тысячелетия, при всей значительности самого этого качественного перелома в мире права, мы пока находимся в первых фазах указанного процесса. Сам переход человечества к цивилизациям последовательно демократического, либерального типа происходит в ходе сложнейших столкновений, противоречий, переплетения разнообразных факторов, социальных сил, исторических зигзагов, неизбежного учета политических и религиозных течений, существующих в мире. И это, конечно же, накладывает свой отпечаток на правовое развитие, часто резко осложняет, деформирует его. Но принципиально важно, что «Рубиеон» здесь пройден, сам этот качественный перелом в мире права определился с должной строгостью, а главное, *уже реально происходит*.

В настоящее время, надо думать, все большее значение приобретает отработка соответствующих юридических механизмов, всего правового инструментария — в соответствии с инструментально-математическим пониманием права, с идеалами и критериями права человека. И хотя здесь перед нами — многотрудная работа, которая потребует долгих лет упорного труда, уже сейчас просматриваются определенные элементы такого рода юридических механизмов, складывающихся в данной сфере юридических конструкций.

Эти элементы подтверждают общезначимость общих принципов права (таких, как «абсолютность соответствующих требований», «автоматизм наступления правовых последствий»). И вместе с тем в данной сфере очевидны перспективы дальнейшего углубленного исследования права как под углом зрения его гуманитарного содержания, так и с инструментально-математических позиций, отработки и совершенствования юридического инструментария, юридических конструкций, специфических правовых идей и принципов.

Еще одна сторона высшего назначения права

Материалы данной главы подводят нас к еще одной стороне высшего назначения права. Право способно быть не только носителем и проводником высоких рациональных, разумных начал в практической жизни людей, но и одновременно призвано стать *прямым выра-*

жением, носителем и проводником свободы человека, его достоинства, всякого статуса, созидательной активности, творческого дела.

То есть б ы т ь п р а в о м ч е л о в е к а .

Впрочем, приведенное положение («еще одна сторона») требует известных уточнений.

Ведь правовая материя (как явление Разума) и так по самой своей природе характеризуется своего рода целеустремленностью к субъективным правам и, следовательно, тем, что перспектива стать правом человека является для юридической системы стран с демократическим режимом при соответствующих условиях вполне естественной, логичной, закономерной, в чем-то по мере становления современного гражданского общества неизбежной.

Вместе с тем указанная перспектива имеет и самостоятельное значение. Она в условиях формирования гражданского общества уже напрямую отвечает потребностям социальной жизни и должна становиться реальностью. И значит, должна привести в действие потенциал права, его инструментарий и, что не менее важно, развить и усовершенствовать их, обогатить весь арсенал правовых средств и юридических механизмов новыми элементами, позволяющими решать сложные вопросы жизненной практики.

Ранее при рассмотрении юридических аспектов прав человека уже была отмечена необходимость использования таких, в частности, правовых механизмов, как конструкция «абсолютных прав» (при обеспечении свободы слова), или принципа «автоматизма юридических последствий» при наличии определенных фактов (в целях недопущения использования методов войны при решении внутригосударственных проблем).

Инструментальный потенциал права свидетельствует, что *нет ни одной проблемы в области прав человека (да и любой иной проблемы современности), которая при достаточном овладении механизмами и правовым инструментарием не могла бы найти достойного решения в соответствии с потребностями гражданского общества и логикой права.*

Вот перед нами, казалось бы, безнадежная, нерешаемая ситуация в области электроснабжения в сложной экономической обстановке России 2000–2004 гг. Монопольная организация РАО «ЕЭС России», а затем отдельные компании по электроснабжению ввели в практику порядок отключения от электроснабжения региональных и ведомственных потребителей, задерживающих оплату электроэнергии (которые в свою очередь обеспечивают электроснабжение населения, других «конечных» потребителей). И хотя эта практика опирается на положения действующих нормативных документов о взаимных санкциях в случае невы-

полнения обязательств, само это отключение в 2000–2004 гг. приобрело характер одностороннего административного усмотрения, а главное, оно фактически ударило по конечным потребителям — гражданам, в том числе тем, кто аккуратно и в полном объеме платит за электроэнергию региональным и ведомственным посредникам по электроснабжению.

И что же? Кроме жалоб в «центр» (центральные ведомства, Правительству, Президенту) да громких заявлений — безусловно справедливых — о «грубых нарушениях прав человека» какой-либо иной реакции на подобную практику не последовало.

Между тем суть проблемы состоит как раз в том, чтобы ввести в действие комплекс правовых механизмов (цепочки отработанных юридических конструкций), которые обеспечили бы и надлежащую оплату электроснабжения, и применение взаимных санкций, и исключение потерь, которые несли бы граждане, исправно выполняющие свои обязательства.

Нет слов, здесь сложные вопросы юриди́ко-конструктивного характера. И потому по этим вопросам нужны углубленная специальная проработка и, возможно, как и в любом конструкторском деле, оригинальные решения (например, есть основания рассматривать электроэнергию в отношении жизнедеятельности граждан в качестве своего рода публичного объекта со строгим юридическим режимом, не допускающим какие-либо односторонние действия).

Но принципиально важно то, что все эти вопросы при использовании потенциала науки и надлежащих усилиях специалистов могут получить удовлетворительное решение. И, значит, получит решение сложная социальная проблема нашей действительности.

А если попытаться обозначить один из существенных итоговых пунктов, изложенных в этой и предшествующей главах, то закономерен вывод о том, что *в составе существующих человеческих знаний есть наука правоведение, содержащая такой значительный, пожалуй, поистине гигантский интеллектуальный капитал прикладного характера, который уже сейчас (и тем более в перспективе, при углублении научных знаний, дальнейшей отработке, наладке юридических механизмов) может быть поставлен на службу решения проблем современности*. Причем именно в том направлении, которое строго соответствует требованиям времени — перспективам развития цивилизации, всему тому, что относится к жизни и судьбе людей в современную эпоху всесторонней модернизации общества и гуманитарной направленности его развития.

ГЛАВА ДЕСЯТАЯ

ПРАВО В ЖИЗНИ И СУДЬБЕ ЛЮДЕЙ

Уникальные функции. Неодолимость права

Право в своем высшем назначении — это цель наиболее значительной ступени в развитии сообщества людей — *современного гражданского общества*. Общества, в центре которого — человек с высоким достоинством и неотъемлемыми правами¹.

Именно здесь, в современном гражданском обществе, право в полной мере раскрывает свои *уникальные социальные возможности (способности)* и, следовательно, при их практической реализации — *уникальные, не имеющие альтернатив функции*.

Таких функций у права в современном обществе, находящемся в гражданском состоянии, *три*.

Во-первых, право способно и призвано быть *носителем и гарантом свободы человека в оптимальных формах*. Иного института регуляции, кроме права, способного по максимуму выразить, закрепить, гарантировать и тем самым обеспечить в соответствии с высокими требованиями цивилизации реальность индивидуальной свободы каждого человека (да притом в гармонии с такими же правами всех других людей) в жизни общества не существует. Ни морали, ни корпоративным нормам, ни обычаям и традициям, ни даже индивидуальным решениям самых мудрых правителей, никакому иному способу социальной регуляции осуществление такой задачи *не дано* — не под силу, не их это предназначение.

Во-вторых, назначение права, *определив условия и границы свободы человека, отсечь от нее «явления зла и несчастья»* — вольницы, злоупотреблений, преступлений во всех их разновидностях. И дело не только в том, что в праве заложен потенциал противостоять произволу и насилию (вместе с тем юридический инструментарий создает надлежащие,

¹ Именно так, как цель общества, определял смысл права философ, который дал наиболее значительную, насколько это возможно, оценку праву, — Иммануил Кант. Он говорил, в частности, что гражданское устройство, воплощающее право, которое «само по себе есть цель», составляет «безусловный и первейший долг во всех вообще внешних отношениях между людьми». По его словам, право — это «высший принцип, из которого должны исходить все максимы, касающиеся общества», и, стало быть, оно, право, призвано получить в обществе «верховную власть» (*Кант И.* Указ. соч. Т. 1. С. 281, 307, 421 и др.).

цивилизационные условия и возможности для профилактической и карательной деятельности правоохранительных государственных органов, оформляет эту деятельность с максимальным учетом прав людей), но и в значении самой формы (права как формы), которая, по словам М. Мамардашвили, не содержит в себе «оснований зла и несчастья»¹.

В - т р е т ь и х (пункт, к которому хотелось бы привлечь особое внимание), право оказывается способным — и это тоже качество уникального порядка — *переводить «свободу вообще» в деловую активность, в творчество, в созидательное дело*. Сами по себе правовые институты собственности, контрактного права, возмещения причиненного вреда, компенсаций и многие другие (в силу конструктивной *расстановки* прав, обязанностей, ответственности), втягивая людей при оформлении и реализации тех или иных отношений в соответствующие юридические конструкции, тем самым вводят их в такие социальные структуры, где оптимальным вариантом поведения является созидательная деятельность по достижению позитивного результата.

А эти функции являются основой и для других направлений незаменимого значения права — и в области политической жизни (где, как показывает опыт передовых демократических стран, правовые начала свободы человека являются исходной базой и камертоном истинно демократического конституционного построения страны), и в области экономической (где правовые принципы предопределяют конструктивный характер свободной частнособственнической, конкурентной экономики), и в других сферах общественной жизни человека.

Здесь оправдан и вывод более широкого значения. Вывод о том, что в человеческом обществе, достигшем известного уровня цивилизационного развития, возникает *неодолимость права*, его высокая, далеко еще не понятая и по-должному не оцененная социальная значимость в жизни людей. По всем данным, такая, понимание и учет которой окажутся решающими в будущем развитии человечества.

Эта *неодолимость* становится особо острой, императивно необходимой, когда наступает эпоха гражданского общества, когда возникает потребность противопоставить насилию и произволу, доминировавшим в предшествующие исторические эпохи, надлежущую цивилизационную силу, которой, как оказывается, может быть только развитое право, и тем самым утвердить в обществе *свободу человека*, его *достоинство и суверенные права*, а на этой основе — устойчивый демократический порядок, а также защищенность и безопасность людей, в том

¹ Мамардашвили М. Указ. соч. С. 93.

числе безопасность экологическую, максимальную защищенность от разрушительных природных и техногенных катастроф¹.

Есть доказательство!

Существуют достаточные основания полагать, что события второй половины XX в., происшедшие в демократических странах после окончания Второй мировой войны, дают убедительное доказательство могущества современного права (права человека!) в решении сложнейших проблем экономического и социального развития.

Во второй половине XIX — начале XX в. в условиях продолжающегося трудного и противоречивого процесса перехода человечества к цивилизациям последовательно демократического, либерального типа все более стали проявляться пороки, изъяны промышленного капитализма, базирующегося на экономической свободе по нравам «вольницы».

В связи с этим человечество в конце XIX — в первые же десятилетия XX в. оказалось перед вызовом времени. Этот вызов во всей своей жуткой наготе выступил в виде кровавой бойни Первой мировой войны, Великой депрессии начала 1930-х гг., подведшей человеческое общество к черте тотального разрушения цивилизации, ее ценностей, разложения культуры и морали. Обанкротились и те течения общественной жизни, которые в представлении немалого числа людей, казалось бы, давали ответ на вызов времени, — коммунистический строй и фашистский режим. Напротив, тот и другой варианты общественного развития, при всем их действительном и кажущемся различии, породив и поддерживая некоторые процессы модернизации, а еще больше видимость благополучия и даже иллюзию близкого «грандиозного будущего», обернулись на деле диктатурами, беззаконием и мракобесием — режимами рабства и истребления целых народов, наций.

И уж совсем похоронным маршем общественному прогрессу стала новая мировая бойня 1939—1945 гг., по сути кровавая схватка фанатичных идей, безумие вооруженного насилия, принявшая невиданный в истории истребительный характер. В согласии с логикой истории эта новая мировая бойня завершилась в 1945 г. разгромом цитадели

¹ Можно предположить, что за нарушение определенных правовых мер, призванных как-то упорядочить экологические процессы, грозящие катастрофическими последствиями для людей, природа может, так сказать, мстить за себя. Не это ли случилось с США, отказавшимися присоединиться ко многим странам в их правовых мерах по сдерживанию глобального потепления на планете, когда летом 2005 г. невиданные ранее разрушительные смерчи, вызванные как раз запредельным потеплением океанской воды, обрушились на города, фермы и поля американского побережья?

насилия и истребления народов, наций — фашизма. В какой-то мере оказалась подорванной и коммунистическая идеология, так как борьба Советского Союза с фашистской Германией, сыгравшего в разгроме фашизма решающую роль, проходила в союзе с демократическими странами под общими лозунгами «свободы» и «демократии».

Но в целом все же многие регионы нашей планеты после Второй мировой войны оказались в состоянии разрухи, тотального экономического упадка, морального падения.

И вдруг спустя одно-два десятилетия после окончания разрушительной Второй мировой войны в ряде демократических стран (притом оказавшихся зоной наиболее обширных разрушений, и прежде всего стран, сбросивших иго фашистских диктатур, таких как Германия, Италия, Испания) начались стремительное возрождение, быстрое восстановление экономики, переход ее на постиндустриальную стадию, на стадию устойчивого экономического и социального развития. Как так? В чем дело? Каковы причины этого поразительного феномена?

Конечно, одна из причин — это то, что еще в предвоенные годы, во время войны начал набирать силу, а в 1950—1960-е гг. ворвался в жизнь общества многих стран могучий поток научно-технической мысли, открытий, изобретательских свершений во всех сферах техники и передовой технологии, охватывающий источники энергии, материалы, машинную технику, электронику и т.д., а главное — информатику, управленческое дело. И это стало существенным фактором резкого повышения производительности труда, экономии энергии и материалов, быстрой и плодотворной товарной отдачи от производительной активности, предприимчивости, творчества.

Но, спрашивается, каковы все же основания для этой производительной активности, предприимчивости, творчества?

И вот здесь, на мой взгляд, в условиях утверждающегося современного гражданского общества, его ценностей, идеалов и *проявило свою творческую энергию п р а в о, которое как раз в 1950—1960-е гг. стало все более утверждаться* в качестве *п р а в а ч е л о в е к а*. То есть права, благодаря которому в центре жизни общества становится человек-творец и созидатель — гражданин, личность с высоким статусом, достоинством и неотъемлемыми правами.

Вот и совпали, совместились, как это, к счастью, нередко происходит в истории, два, казалось бы, довольно отдаленных друг от друга процесса в жизни общества — фантастический взлет научно-технического прогресса со всеми вытекающими из него поразительными экономико-социальными последствиями и одновременно развитие культуры прав человека.

Получилось, стало быть, что ключевыми, поворотными для права в середине и во второй половине XX в. оказались события 1950–1960-х гг., явившиеся как результатом общего постиндустриального прогресса общества (и в чем-то, увы, прогрессом в связи с «требованиями истребительной войны»), так и процессом утверждения гуманистических ценностей, своего рода правовой реакцией на кровавый кошмар фашистского и сталинского тоталитаризма.

И главное здесь то, что культура прав человека в том виде, в каком она стала выстраиваться в 1950–1960-е гг., *резко возвысила, придала новое высокое качество юридически защищенному статусу человека*, сообщила прочность и надежность его самостоятельности и независимости, уверенность во всех сторонах его активного творческого поведения, персональную ответственность за него. В том числе поведения в сфере современного частнособственнического, конкурентного хозяйства («рынка»), основанного на творческой активности, риске и персональной ответственности человека за результаты его деятельности.

Выходит, в действительности передовую экономическую и социальную значимость имеет не «просто рынок», а рынок как составная часть частнособственнической, конкурентной экономики, развивающейся на основе научно-технического прогресса, в условиях утверждающегося современного гражданского общества. И потому — *облагороженный современным правом, единым с культурой прав человека* (когда корректнее говорить не просто о «рыночной экономике», а о *частноправовой организации* и народного хозяйства, о чем еще в начале XX в. писал замечательный русский правовед-мыслитель И. А. Покровский).

Благодаря «такому» праву экономическая свобода (свобода защищенной, уверенной, ориентированной на право личности) не соскальзывает по некому общему бесовскому проклятию в базарно-разбойничью вольницу, а в полной мере оказывается способной раскрыть природные творческие силы человека, его производительную активность, нацеленность на напряжение сил и ума, его настроенность на первоочередное вложение доходов в модернизированное производство и нацеленность идти на риск во имя экономического успеха, его персональную ответственность за результаты собственного дела¹.

¹ В связи с изложенными положениями о роли права в современной модернизации общества — о главной (с точки зрения автора этих строк) причине неудач реформирования России.

По-видимому, важнейший из просчетов при развертывании в 1991–1992 гг. «кардинальных рыночных преобразований» состоял прежде всего в недоучете того обстоя-

Убежище

Едва ли, наверно, требуется, продолжая рассмотрение права в современную эпоху, приводить в данном месте иные оптимистические свидетельства его роли в жизни и судьбе людей. Думается, приведенные выше данные являются уже достаточными для того, чтобы перейти к принципиальной стороне проблемы, связанной с парадоксами и противоречиями современного общественного развития.

Но один пункт, хотя бы в самом кратком виде, нужно все же обозначить. Тем более что он сопряжен с широко распространенными и по ряду позиций вполне обоснованными представлениями о праве как явлении из области криминальных проблем — социального института, связанного чуть ли не исключительно с борьбой с преступностью. Этот пункт заключается в том, что именно *право в условиях гражданского общества (и тем более в сложной обстановке его формирования) является убежищем для человека.*

тельства, что к этому времени основные условия и факторы естественного, частногоправового развития общества оказались в России, как это и планировали коммунисты, «до основания» разрушенными, изничтоженными строем коммунизма. И это при вдумчивом, основательном научном подходе к сложившейся ситуации требовало не стремительного рывка в процветающий капитализм, а в первую очередь аккуратного восстановления условий и факторов нормального, естественного частногоправового развития — воссоздания производительной, пусть пока мелкой и средней, частной собственности, элементов конкуренции, предпринимательского дела, формирования хотя бы первичных элементов гражданского общества.

А вот теперь (в связи с только что сказанным) — о наиболее существенном просчете. О наиболее роковой причине неудач.

На мой взгляд, главная причина неудачи идущих в нашей стране реформ наряду с упречным пониманием либерализма вообще и отсутствием действительно научного подхода к реформам — это *недооценка права*. Права как решающего средства и важнейшего элемента формирующегося гражданского общества и как решающего средства формирования и определяющего элемента *современной частнособственнической, конкурентной («рыночной») экономики*.

Это значит, что в России не оказалось необходимой социально-правовой основы для сколько-нибудь существенных, действительно демократических преобразований, для свободной частнособственнической, конкурентной цивилизованной («рыночной») экономики. Той основы, которая выражается как раз в *фактическом прочном утверждении в реальной жизни современного гражданского законодательства, построенного на частном праве*.

Ибо к 1991—1992 гг. хотя и было издано несколько «рыночных» законов, но вся укорененная в реальном бытии машина огосударственной экономики-социальной системы сохранилась, да еще с добавлением — продажа существующих богатств. Когда же в 1994—1996 гг. Гражданский кодекс России (в двух основных своих частях) вступил в силу, он уже не сыграл (и не мог сыграть при отсутствии на то твердой государственной и общественной воли) той роли, которая уготована ему историей и самой логикой формирования современного гражданского общества.

Слова об «убежище» представляют собой своего рода знак служения права конкретному человеку в его сложной, полной превратностей и бед жизни, знак защиты от бед, проистекающих от его же, человека, творения, призванного по своей глубокой сути быть стражем людских интересов, — государства, самой мощной в обществе силы. Ибо именно государственная власть, нередко вопреки своему истинному предназначению, обрушивает на человека самую страшную, неотвратимую беду — государственный произвол, своеволие, порядки расправ, бесчинства чиновников, государственного терроризма¹.

А вот в условиях развитой юридической системы гражданского общества человек *именно в праве (притом, конечно же, в праве человека) может найти* — *коль скоро такое право действительно утвердилось в обществе — надежное у б е ж и щ е* от социальных невзгод, от насилия и произвола, в том числе самого страшного — государственно-го насилия и произвола.

О рассматриваемой стороне гражданского предназначения права с ударением приходится говорить потому, что в современных условиях жесткие и решительные акции государственных инстанций (фактически приводящие к произволу, нарушениям прав человека) подчас обосновываются необходимостью обеспечения в обществе дисциплины и порядка, освящены святым делом — борьбой с преступностью, особенно в ее наиболее злостных и коварных разновидностях — с организованной преступностью, коррупцией, терроризмом.

Да, юридические институты призваны создавать надлежащие, благоприятные условия для профилактической и карательной деятельности правоохранительных государственных органов. Но не меньшая их миссия — обеспечивать эту деятельность с максимальным учетом прав людей. И в связи с этим создавать такие гарантии прав человека (в том числе подозреваемых в преступлениях, подследственных, под-

¹ Не скрою, автору этих строк существо положения об «убежище» как своего рода знаке служения права человеку подсказал писатель, гулаговский мученик и гуманист Ю. Домбровский. Его роман «Факультет ненужных вещей», потрясающий рассказ об ужасах гзбистских застенков, о всеохватывающем страхе людей, низости и изуверстве служителей сталинской «юриспруденции», подлости и коварстве поправленной «Фемиды», казалось бы, так и должен бы быть обозначен как повествование о подноготной сталинского тоталитарного режима. А вот сам автор в одном из интервью о сути своего романа совершенно неожиданно сказал, что это — *роман о праве*. Писатель устами одного из героев романа говорит, что именно при сталинском режиме «право — факультет ненужных вещей» — не нужных при тоталитаризме. И заключает словами, полными глубокого смысла и тревоги: «Во всей нашей печальной истории нет ничего более страшного, чем лишить человека его естественного убежища — закона и права. Падут они — и нас унесут с собой».

судимых), которые бы позволяли любому лицу «спрятаться» от произвола, найти именно в праве охранителя и защитника, быть уверенным в том, что при любом повороте событий (даже при признании его виновным в судебном порядке) он будет защищен от расправы, других проявлений произвола.

Вот и получается, что право человека самой системой правосудия, строгих процессуальных процедур, недопустимости применения вне этого государственного принуждения, порядком опротестования и обжалований, презумпцией невиновности и других развитых и отработанных юридических форм и конструкций призвано создать барьер непробиваемой защиты, огражденности человека от насилия и произвола. А с учетом неотделимой от истинного права социальной солидарности — защиты от превратности судьбы обездоленного человека.

Думается, наряду с впечатляющей ролью права в сфере современной экономики именно характеристика развитых юридических систем как надежного убежища для человека является, как показывает практика передовых демократических стран, важнейшим показателем достигнутой ими ступени цивилизационного развития.

Негативы. Противоречивые процессы

Уготованная историей миссия права в современную эпоху и те впечатляющие рубежи, которых оно уже достигло в нынешнее время, сталкиваются с иными, противостоящими им реалиями, тенденциями и направлениями в общественной жизни.

Эти реалии и тенденции в ряде случаев оказываются настолько значительными, что они таят в себе опасность грозных последствий — тяжкой беды для людей, для самой, казалось бы, вполне благополучной, оптимистичной перспективы современного общественного развития. Да не только опасность, но и уже саму беду, ее очевидные знаки, приметы, тяжкие проявления. В том числе и для права в высоком социальном и гуманистическом понимании — права, которому при неблагоприятном его развитии грозит деформация, а возможно, и крушение.

В связи с этим — замечание более общего характера, о чем под несколько иным углом зрения уже говорилось при освещении права человека.

Было бы ошибочным рассматривать переход человечества от традиционных к последовательно демократическим, либеральным

цивилизациям в качестве некоего общего и непрерывного потока позитивных перемен, осложняемого лишь некоторыми сбоями и издержками.

Действительные процессы, происходящие в современном мире, намного сложнее. Исторически закономерный переход тех или иных стран, народов к демократии, к правовому гражданскому обществу не только носит исторически длительный, порой многовековой характер, но и в связи с этим характеризуется тем, что в реальной жизни сохраняются, а порой вновь и вновь реанимируются, утверждают свою жизнестойкость, адекватность реально существующим экономическим, социальным, этическим отношениям социальные структуры и порядки, характерные для традиционных цивилизаций. В ряде случаев — рудименты весьма древних эпох, феодального или раннекапиталистического строя, да притом в таких своеобразных социальных и политических вариантах авторитарного или тоталитарного типов, когда они прикрываются внешне современными, казалось бы, передовыми юридическими институтами.

Весьма противоречивую роль играют и, казалось бы, известные элементы наступающего будущего, в частности великое достижение человечества, реализованное в передовых демократических странах, — сам факт и разнообразные проявления *потребительского общества* (в чем-то несбывшейся коммунистической мечты — мечты изобилия, «жития по потребностям»). Нравы и страсти потребительского общества, ассоциированного с идеологией «рынка», поставили на место в приоритетах социальной и личной жизни человека не свободы и достоинство человека, находящих оптимальное выражение в праве, а уровень потребления, овладение и защищенность материальных источников возрастающих благ, неубывающее стремление к овладению все новыми и новыми благами, порой ненасытное и извращенное. А в связи с этим — перенос центра тяжести в оценке явлений действительности с гуманитарных, духовных критериев на потребности «доступности сырьевых источников материальных благ», на глобализацию рынков товаров и труда, на приоритет технических и технологических критериев.

И вот здесь (после позитивных оценок экономического, социального и правового развития, происходящего в современную эпоху) пора со всей определенностью заявить о сложности, противоречивости самого процесса перехода человечества к последовательно демократическим, либеральным цивилизациям, о наличии в этом процессе теневых сторон, известных отрицательных потенций наступающей новой эпохи.

Суть вопроса вот в чем. Наряду с тем поистине великим, порой фантастически грандиозным, что принесла новая эпоха, раскрепостив человеческую активность и силу Разума (и что стало основой взрывной модернизации общества), эта же эпоха породила — пусть и в виде возможности, потенции, но все же породила — явления негативного характера — то, что условно можно назвать *негативами либерализма*. Это и восприятие людьми свободы как состояния вольницы и неудержимого потребительства, и настрой на несвязанность такого поведения какими-либо внешними ограничителями, и доминирование уже упомянутых новых критериев действительности, а в связи с этим новый всплеск магии власти, оправдание в этом ракурсе методов насилия, простор для вспышек этнических и сепаратистских страстей.

Отсюда — нарастающие стремления овладеть путем насилия собственностью и властью. Порой так, что архаичные, тиранические институты оказываются заряженными все новыми соблазнами, порывами к достижению все более и более изощренных благ современного потребительского общества (нередко переходящими грань морали, да и простого здравого смысла, здорового образа жизни).

И тут же разочарования в институтах политической демократии, парламентаризма, системы свободных выборов, при помощи которых (а чаще под прикрытием которых) в ряде стран устанавливаются авторитарные, диктаторские режимы власти, поддерживаются антидемократические политические структуры. Словом, в мире заговорили (по выражению одного из современных мыслителей) о *грядущей анархии*.

Особо сложно и трагично эти обстоятельства проявились в тех странах, в которых радикальные силы вознамерились ускоренными темпами перескочить из одной крайности в другую — от тоталитарного строя (да к тому же в ряде стран восточного, азиатско-византийского образца) к благоденствующему потребительскому обществу с развитой, как ныне принято считать, рыночной экономикой. Это, увы, в силу ряда причин и произошло в России, когда в тяжелейшей схватке за власть в 1991–1992 гг. был взят курс на кардинальные рыночные реформы.

Думается, именно с позиций реальных процессов, связанных с переходом права в новое состояние и с негативами либерализма, и следует рассматривать одну из ключевых и сложнейших проблем нынешнего времени — проблему путей и способов преодоления трудностей и бед, с которыми встретилось человечество в современную эпоху.

К сожалению, в обстановке усиливающейся остроты этих проблем и вызовов эпохи в практических делах ряда стран и в общественном

мнении возрождается былой *расчет на власть как таковую, ее силу — силу бюрократического, полицейского аппарата, вооруженных сил, всей системы силовых ведомств и спецслужб*. И отсюда — известное возвеличивание власти как первостепенной социальной ценности (когда во имя дела, его успеха, во имя экономических и политических расчетов, государственных интересов можно пренебречь иными «формальностями», правами будто бы некой отдельной личности). Именно с властью, с ее сильными и решительными акциями связывается в представлениях многих людей решение острых проблем нашей действительности, сам образ крепкой государственности¹, особенно в странах (таких как Россия), где стремление быстрыми темпами достигнуть капиталистического рая, а затем и преодоление новых трудностей и бед, порожденных кардинальными реформами, стало чуть ли не всеми реформаторами, объявившими себя «либералами», сопрягаться с властью авторитарного типа. Линия тем более объяснимая, что она согласуется с укоренившимися в обществе за долгие века монархическими и большевистскими нравами и догмами.

В этом отношении происходит даже своеобразная реанимация взглядов и убеждений из прошлых времен, из идеологии тоталитарных режимов, далеких от ценностей и идеалов демократического разви-

¹ В указанной обстановке сложилось представление о том, что именно таков исторический опыт. Ведь и впрямь выход из Великой депрессии начала 1930-х гг. сообразно знаменитому новому курсу Рузвельта был найден, по широко распространенным данным, в ряде решительных государственных мер по упорядочению экономических процессов. И уже совсем показалось поучительным «императивное государственное регулирование» экономических и социальных процессов в предвоенное и военное время. Затем — усиление и расширение социальной деятельности государства, особенно в послевоенных условиях. Да что ни говори, при всех очевидных и в то время минусах коммунизма есть все же — как это под напором массовой пропаганды показалось в 1930–1940-е гг. — великолепный опыт СССР, создавшего на твердой государственной основе коллективное сельское хозяйство, передовую индустрию, гигантский современный промышленный потенциал и решивший в невероятно сложных условиях войны экономические проблемы, — факты, получившие широкую известность во всем мире!

Как тут не признать основательными теоретические выкладки Кейнса и его сторонников о необходимости значительного усиления экономической и социальной деятельности государства даже для свободного общества и вообще целесообразность всестороннего государственного планирования народнохозяйственной жизни госплановского типа! Недаром именно в то время, в послевоенные годы, получила распространение среди передовых умов склонность откорректировать либеральные взгляды идеями «консенсуса» вплоть до теории «социалистического либерализма».

Такого рода идеи в указанное время перекрыли все положительное, что характерно для концепции конвергенции, предполагающей соединить известные ценности социализма и достижения развитого демократического общества, прежде всего политические свободы, принципы и идеалы достоинства человека, его неотъемлемых прав.

тия и верховенства гуманистического права, но таких, которые создают впечатление о легкости и быстроте достижения некоего желанного образца — безупречного порядка и дисциплины. Или же, что не менее страшно и пагубно, быстрого формирования передовой («рыночной») экономики «по-пиночетовски», силовыми методами.

Да, нынешнее состояние общества и общие требования демократического развития нуждаются в надежной, эффективной государственности. Крепкая, эффективная государственность необходима и при переходе от тоталитарного строя к строю современного гражданского общества. Необходима в том числе и для обеспечения функционирования действенной юридической системы, включая решительную борьбу с насилием, преступностью, особенно организованной преступностью, мафией, коррупцией, терроризмом.

Вместе с тем нужно отдавать ясный отчет в том, что само по себе разбухание и возвеличивание власти как таковой, ее выходы за рамки социально оправданного порога, а тем более вторжение власти в экономическую и социальную жизнь возвращают общество к пройденным фазам развития, к общественным порядкам, построенным на доминировании власти с ее пороками и коварством, влекущими отрицательные последствия для общественного развития, прогресса общества, его будущего, судьбы. И что это направление социальной жизни противоречит общим тенденциям развития человеческой цивилизации, необходимости модернизации общества на основе демократии, переходу социальных систем к правовому гражданскому обществу.

Основная идея.

«Умерение» свободы через свободу же

Как же быть?

И вот здесь, отдавая отчет в губительности легких, быстрых решений, необходимо, так сказать, *в е р н у т ь с я к п р а в у* — обратиться на последовательно научных позициях к пониманию его природы, особенностей и логики его материи, его богатству юридико-конструктивного порядка, его уникальных функций и возможностей в решении острых жизненных проблем. Следовательно, необходимо видеть драматизм современного социального развития, основанного на либеральных ценностях и идеалах — свободе и творческой активности человека, когда наряду с потрясающими по грандиозности результатами такого развития нарастающие беды и трудности нынешней эпохи

сопряжены с фактом утверждения нравов и страстей потребительского общества, с негативами либерализма (и, увы, с реанимацией расчетов на сильную власть).

И вот г л а в н ы й в ы в о д из всего предшествующего изложения. Основная идея этой работы.

У человечества нет иного пути и иного способа решения глобальных проблем и трудностей, грозящих тяжкими, катастрофическими последствиями для человеческого рода, как п о с т а в и т ь в с а м ы й ц е н т р ж и з н и л ю д е й с о в р е м е н н о е п р а в о.

Только оно, право, способно противостоять вполне возможной катастрофе, которая грозит человечеству в обстановке грядущей анархии, вольницы, ненасытного и изощренного потребления, притом, увы, в условиях, казалось бы, близкого всеобщего процветания.

И если принять во внимание изложенные ранее данные, ясен ответ на вопрос, возникающий в связи с приведенными утверждениями: *почему?*

Да по той простой причине, что *именно праву* (именно праву, и никакому иному социальному институту) *дано быть умерителем свободы человека — гарантированным ее носителем, определителем ее меры и границ, а главное — способом ее переключения в творческую, созидательную активность.* Иного пути и иного способа ввести свободу человека в органическую меру, упорядочить свободу, отсекая от нее все отрицательное, включая негативы либерализма, — умерить и упорядочить ее *ч е р е з с в о б о д у ж е!* — в природе, в арсенале социальной действительности *просто нет.*

А право в высших своих значениях как будто бы специально (а быть может, и не как будто), представляя собой явление Разума и высоких человеческих начал, приспособлено для решения задач того как раз времени, когда реализуются ценности и идеалы Свободы и когда, увы, появляются на свет и грозят людям тяжкими последствиями страсти потребительского общества, бескрайняя вольница, негативы либерализма и настроений вновь опереться на сильную власть, которая — как показывает ее природа и исторический опыт — с какой-то неотвратимой неизбежностью вырождается во власть единодержавную, тираническую.

С этой точки зрения именно сейчас, в обстановке только-только наступившего нового тысячелетия, во многом решается судьба человечества. Прежде всего, надо полагать, решается коренной вопрос: обладает ли в схватке между насилием и правом указанная ранее ли-

ния на возвышение правовых начал в жизни людей, и право в своих высоких значениях — в современных условиях право человека — *займет центральное место в жизни общества?* Или же произойдет трагический для человечества поворот назад — к порядкам права силы, к нравам (по-византийски или как-то иначе изощренно приукрашиваемым благообразными лозунгами и формулами) произвола, насилия, в лучшем случае к тому, что может быть названо «правоприменительным правом»?

При этом необходимо — и это вовсе не мелочь! — при всем ужасе терроризма видеть, что, к сожалению, лозунг «борьбы с терроризмом» в ряде случаев *становится прикрытием, оправдывающим применение грубого вооруженного насилия при решении внутригосударственных и международных проблем, требующих по своей сути правового разрешения*; становится способом легализации и даже облагораживания государственного своеволия.

Создается впечатление, что Провидение на самом первом пороге нового тысячелетия решило, скажу жестко и грубо, *ткнуть нас носом* в такую тяжкую прозу жизни, которую мы в череде обыденных дел не видим (а если видим, то главным образом в скандальных подробностях и в заидеологизированных политических штампах), но в которой, однако, отчетливо просматривается наиболее глубокое и основательное в нашей жизни — трудное, порой драматическое, не во всем еще утвердившееся *становление основополагающих ценностей современной цивилизации*, связанных, помимо всего иного, с противостоянием между правом и насилием. Будем верить (на мой взгляд, верить и знать) в то, что именно современное демократическое, конструктивно совершенное право окажется в центре жизни людей.

Нужно только само право понимать в том высоком социальном и гуманитарном значении, которое оно приобретает — сообразно объективным процессам действительности и с достижениями науки — в современных условиях, в новом, третьем, тысячелетии христианской эры. Это, помимо всего иного, призвано *настроить* и современную науку, в том числе в практических сторонах ее служения действительности, когда наряду со все большим утверждением в праве гуманистических ценностей и идеалов отработка совершенных юридико-конструктивных построений, реализующих высшее назначение права, займет — непременно займет! — столь же значимое место, как и конструирование новых технических свершений — новых поколений ЭВМ, выработка конструктивных схем биотехники и конструкторские решения в области ракетной техники, технологии связи, понимании и какой-то реа-

лизации в наших делах всего того потрясающего, что заложено в бине человека.

Право нового тысячелетия

Право третьего тысячелетия — право, которое призвано быть в силу самой логики общественного развития *правом цивилизованных народов*.

Эти слова (право цивилизованных народов) еще в первой половине прошлого века прозвучали в одной из работ немецкого правоведа, специалиста по цивилистике и сравнительному правоведению, в сущности нашего современника — Эрнста Рабеля. Приведу их (оборванные в конце фразы многоточием) в одном из оригинальных переводов с немецкого¹: «Переливающиеся многоцветием под лучами солнца и трепещущие от дуновения ветра *живые организмы права цивилизованных народов* составляют вместе единое целое... (курсив мой. — С.А.)»².

По первым впечатлениям как будто бы фраза как фраза, некая, пожалуй, даже нарочитая красивость. Я же смею утверждать, что перед нами *одна из самых основательных характеристик права в современную эпоху*.

Конечно, выражение «право цивилизованных народов» условное, с некоторым даже этически небесспорным, проблемным акцентом. Но оно все же с необходимой определенностью обозначает особенности ныне формирующихся юридических систем, которые уже в той или иной мере состоялись как демократические и правовые. Притом состоялись в качестве реально высокозначимого звена современного гражданского общества³.

¹ В данном фрагменте автор воспользовался переводом, сделанным профессором Ю. Юмашевым в книге: Цвайгерт К., Кёйтц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 53. В отличие от дословного перевода, который будет приведен в последующем, Ю. Юмашеву удалось, на мой взгляд, теоретически и терминологически более строго выразить саму суть идей Э. Рабеля (во всяком случае в тех ее гранях, которые относятся к содержанию настоящей работы).

² *Rabel E. Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung // Rabel E. Gesammelte Aufsätze. Bd III. Tübingen, 1967. S. 5.* Дословный перевод данного фрагмента, предложенного в приведенном ранее русском издании, таков: «В тысячах форм отливаются и трепещет под солнцем и на ветру право каждого цивилизованного народа. Все эти вибрирующие организмы вместе образуют единое целое, которое еще никому не удалось охватить взглядом».

³ Хотя, тут же замечу, вряд ли было бы оправданно точно, «поименно», в исчерпывающем перечне обозначить «списочный состав» стран, в которых в большей или меньшей мере сформировались юридические системы указанного уровня. Даже в самых раз-

Три момента в таком понимании «права цивилизованных народов» с юридической стороны являются наиболее существенными.

Первое — это то, что в них уже состоялась или во всяком случае с достаточной строгостью определилась *перенастройка* юридической системы в соответствии с *началами права человека*. Состоялась или определилась не в декларациях, лозунгах, объявленных намерениях, а на деле, в самом «живом организме права», то есть в действующих юридических механизмах, принципах, нормах, в конечном счете — в решениях судов, иных юрисдикционных органов по конкретным жизненным ситуациям. Следовательно, «право цивилизованных народов» — это по своей общей социальной характеристике последовательно *гуманистическое право* (в том значении понятия «гуманистическое», когда оно означает приоритет и высшую юридическую значимость высокого достоинства и неотъемлемых прав и свобод человека).

Такое значение, по всем данным, имеют решения судебных инстанций Великобритании в 1998–1999 гг. по делу Пиночета (а в 2000–2004 гг. также и Верховного суда Чили), аналогичные по значимости решения Конституционного суда и других высших судебных инстанций Германии. Как отмечается в литературе по сравнительному правоведению, в Германии вообще указанное понимание права связывается не только с правонарушениями; оно касается права в целом, распространяется и на частное право. Так, «в решениях Верховного федерального суда... развивается принцип посильного возмещения ущерба в случае нарушения основных прав человека». Примечательно (и это в полной мере согласуется с идеей права цивилизованных народов), что этот принцип Верховный федеральный суд Германии защищал ссылкой на то, что (далее приводится выдержка из решения суда) «почти во всех правовых системах, в которых, как и в нашей, ценности отдельной личности отводятся центральное место, возмещение морального ущерба за оскорбление и унижение, физическое и моральное, признается в качестве гражданско-правовой санкции»¹. Вот и сейчас, в наши дни, судебные и иные государственные инстанции Германии с опорой на требования права человека решают и во многом уже решили правовую ситуацию, связанную с компенса-

витых в демократическом и правовом отношениях странах «право цивилизованных народов» в полном значении рассматриваемого понятия еще не утвердилось и, реально существуя в тех или иных проявлениях демократически развитых стран, так или иначе уживается с иными элементами и структурами предшествующих эпох, не столь высокого цивилизационного, гуманитарного уровня.

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 34.

ми за рабский труд, использованный немецкими фирмами и иными организациями при фашистском режиме.

В т о р о е, что характеризует «право цивилизованных народов» с юридической стороны, — это *центральное положение права как регулятора в обществе*.

Центральное с точки зрения признания общезначимости права во всем обществе, во всем «народе» (когда только и возможно говорить о «праве народа» или «народов»). И одновременно центральное с точки зрения положения права во всем комплексе институтов и средств социальной регуляции. Прежде всего (и притом с атрибутами «абсолютно», «безусловно») в сфере принуждения, особенно государственного, которое в гражданском обществе в условиях демократического режима должно выступать исключительно в виде *правового принуждения* со всеми присущими ему характеристиками — ответственностью за персональную вину на единых для всех субъектов юридических основаниях, реализуемой только в строгих процессуальных процедурах и т.д. Здесь требуется такая отработанность и, главное, такое состояние действующих юридических форм и конструкций, которые исключают из жизни общества произвол, и в особенности насилие, не допуская ни под каким видом и предлогом легализацию и использование насилия для решения жизненных проблем, в том числе и применение методов войны с использованием регулярной армии и ее тяжелой техники для решения внутригосударственных дел, конфликтов (за исключением, понятно, пресекательных и оперативных полицейских действий и военных акций в действительных ситуациях войны, и там и здесь, впрочем, жестко обставленных законодательными ограничениями, процедурами и гарантиями).

Т р е т ь е, характеризующее современное право в его позитивных проявлениях, — это концентрация в юридических системах развитых демократических стран по максимуму *оптимальных юридических средств и механизмов*, по максимуму *совершенных юридических конструкций*, в том числе соединение «чистых» и классических правовых форм, характерных для различных национальных правовых систем, с культурой прав человека, а в итоге — явление крупномасштабного порядка, которое может быть охарактеризовано как процесс *правовой конвергенции*.

Это значит, что развитие правовых систем (особенно в странах, продвинувшихся по пути модернизации, демократического развития, на Западе — в романо-германском праве и в общем, прецедентном праве англо-американского юридического типа) идет, хотя с разными темпами и с различными вариациями, но все же в *одном направлении*.

Причем так, что происходит взаимное обогащение права в различных ареалах и в итоге — своеобразная *интеграция* в праве, при которой соединяются в единые правовые образования, в целостные юридические конструкции преимущества и достижения различных сфер права, разных систем. Подчас такие преимущества и достоинства, которые, казалось бы, отличаются чуть ли не полярной противоположностью, кажущейся несовместимостью.

Весьма отчетливо эти процессы дают о себе знать в сфере публичного права. И в странах с традиционно монархической формой правления, и в странах с республиканским государственным устройством при всем, казалось бы, качественном различии существующих здесь государственных систем одинаково вместе с развитием демократии складываются однотипные юридические режимы, основанные на принципах народовластия, свободных выборов, разделения властей, приоритета прав и свобод человека и гражданина.

Аналогичные процессы происходят в сфере частного права. Здесь наукой раскрыто в общем-то поразительное явление, которое получило название *презумпция идентичности*. Дело в том, что при всем многообразии, универсальности правовых средств в частном праве существуют на каждом этапе развития общества единые правовые потребности¹, которые обуславливают необходимость выработки адекватных правовых решений и, следовательно, одинаковых, порой совпадающих юридических конструкций. И вот поразительное явление (называемое подчас «основной закон сравнительного права»). Суть этого явления в том, что «различные правовые порядки, несмотря на все различия в своем историческом развитии, доктринальных взглядах и стилях функционирования на практике, решают очень часто одни и те же жизненные проблемы, вплоть до мельчайших деталей, одинаково»². Словом, так, когда складываются и действуют *единые юридические конструкции и принципы*.

Понятно, при этом нужно принять во внимание, что на содержание юридического регулирования оказывают влияние различные факторы, нередко сугубо субъективные или этические, религиозно-философские. Но «если исключить эти сугубо субъективные и этически

¹ Например, как подмечено специалистами, все развитые правовые системы мира должны содержать нормы (точнее, юридические конструкции), защищающие права приобретателя или залогодержателя недвижимости в первую очередь от ущерба, который может быть нанесен этим правам законными, но не известными им притязаниями на данную недвижимость третьих лиц.

² Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 58–59.

обусловленные вопросы — преимущественно семейного и наследственного права, — а к остальным областям права применить в сравнительном плане «неполитическое» частное право, то вновь подтвердится констатация: одни и те же юридические проблемы одинаково или в значительной мере сходно решаются во всех развитых правовых системах мира». Это и позволяет говорить о *презумпции идентичности* (*presumptio similitudinis*), причем даже «как инструменте для принятия практических решений»¹, то есть инструменте, едином для права цивилизованных народов в его *юридико-конструктивном содержании* (жаль, что поддавшись модному критическому настрою в отношении «юридического позитивизма», авторы цитированных выше положений не обратились к этой принципиальной стороне правового развития, ограничившись тезисом об «одинаковых» или «сходных» решениях).

Отмечая принципиально новые черты права наступившего тысячелетия, необходимо вместе с тем обратить внимание на следующие два момента.

Во-первых, высокое положение права в жизни общества предполагает в целях обеспечения строго правового порядка, в том числе прежде всего по вопросам государственного принуждения, сохранение и упрочение фундаментальных (непреходящих, вечных) юридических ценностей, максимальное использование всего богатства юридической культуры, всех накопленных человечеством достижений в области юридических гарантий и юридических средств, юридических механизмов, обеспечивающих действительную реализацию правовых идеалов и ценностей. А отсюда — признание на практике твердыми и незыблемыми действующих юридических принципов и механизмов, выражающих такого рода правовые идеалы и ценности.

Первое место среди таких идеалов и ценностей занимает *принцип законности*.

Здесь по ряду пунктов, помимо всего иного (в сложном переплетении социально положительного и негативного), мы встречаемся с глубокой *драмой права*. Это — возможность произвольного в ответ на факты геноцида применения вооруженной силы в отношении суверенного государства, как это случилось в 1999 г. со стороны стран НАТО в отношении Югославии. А в последние годы — в отношении Афганистана и Ирака.

¹ Цвайгерт К., Кёtz Х. Указ. соч. Т. 1. С. 59. При этом авторы специально обращают внимание на то, что эта презумпция «неприменима в тех областях права, которые несут слишком сильный отпечаток политических и моральных представлений данного общества» (С. 60).

Надо полагать, что, как бы ни были значительны основания для реакции на факты нарушения права человека (иные аналогичные факты, например возможность применения средств массового поражения, реакционность существующих режимов), указанные соображения ни на йоту не устраниют фундаментальную значимость основных достижений мировой юридической культуры — начал законности как таковой, других фундаментальных правовых ценностей, включая требования правосудия, изначального равенства всех в праве, действующие юридические порядки (в том числе действующий порядок применения вооруженной силы в международных отношениях). А следовательно, понимание того, что при игнорировании этих правовых ценностей и порядков перед людьми, всем обществом, вновь открывается, быть может, самая страшная в жизни людей беда, несчастье и проклятие — *вахханалия насилия, произвола и анархии*.

И вот на данной стадии мирового правового развития, когда на первый план выступают гуманистические характеристики современного права (права цивилизованных народов, или, что то же самое, гуманистического права), его существенной неотъемлемой чертой наряду с рассмотренными ранее передовыми юридическими формами должны остаться, в частности, и требования строжайшей законности как таковой. А также, следует добавить, и иные аналогичные принципы, такие как принцип правосудия (при установлении истинности фактов и определении юридических последствий), принцип равенства в праве, презумпция невиновности¹.

¹ И еще замечание общего характера. По тем же только что охарактеризованным основаниям, касающимся парадоксальной противоречивости правовых реалий прошлого, надо видеть, что авангардные, вырывающиеся вперед достижения юридической культуры на соответствующем этапе исторического развития лишь *тогда имеют реальное юридическое значение, когда они находят то или иное строго конструктивное выражение в институтах действующего права, его принципах, началах правосудия* (например, таких как равенство в праве, необходимость правосудного фиксирования фактов для признания их истинности и достаточности как основы применения государственно-принудительных действий). И такого рода юридические институты и правовые принципы имеют непреходящее значение, сохраняют свою юридическую силу и в новых условиях, в том числе и тогда, когда на первое место («впереди всего другого») самой логикой жизни и общественным сознанием выдвинуты неотъемлемые права и свободы человека.

Так что хотя на современной стадии развития цивилизации права человека становятся юридической реальностью и напрямую входят в позитивное право, они до сих пор пока еще не нашли конструктивного выражения в тех или иных юридических институтах (а такова генеральная тенденция правового развития в демократических странах), остаются общими началами, определяющими, базовыми ориентирами для действующего права. Не более того! Они призваны быть основой правовой политики страны, направлять правотворческую деятельность, усилия по воплощению прав человека во всем комплек-

И конечно же, должен прочно утвердиться в современном правосознании и в действующих правовых порядках такой жесткий настрой, связанный с приданием непосредственного юридического значения правам человека, когда бы абсолютно (на уровне безоговорочного и безусловного «табу») исключалась сама возможность с одной лишь

се юридических норм, правовых порядков и процедур. Они имеют значение в качестве критерия при толковании права, еще большее — в формировании правосознания, общего отношения к праву со стороны всех субъектов, прежде всего всех граждан, должностных лиц, государства в целом.

Но права человека как таковые (то есть не выраженные в действующих юридических институтах, в юридических конструкциях) *не могут быть достаточной юридической основой для совершения юридически значимых действий управленческими, исполнительными органами власти*. И прежде всего, как это ни парадоксально, именно по фактам, свидетельствующим об их, правах человека, нарушениях, даже таким фактам, как геноцид, преступления против человечности, то есть фактам, по самой своей сути требующим жесткой реакции, при необходимости — мер государственного принудительного, даже вооруженного воздействия.

В соответствии с принципом законности есть только один путь (кроме, понятно, законодательных нововведений), для того чтобы такого рода факты приобрели значение достаточного основания для юридически значимых действий. Это их признание в качестве юридически значимых и в этом отношении юридически достаточных *органами правосудия*. Именно суд, действующий в надлежащих процессуальных процедурах, по своему месту в юридической системе, статусу и возможностям может устанавливать истину по данной ситуации и именно ему «дано» непосредственно определять юридические последствия по данным, в правосудном порядке установленным фактам — ситуациям, требующим правового реагирования.

Следовательно, *права человека могут служить непосредственной юридической основой для вынесения юридически значимых решений только для органов правосудия*. А уже затем эти решения могут или, скажем жестче, должны стать достаточным юридическим основанием и для надлежащих действий управленческих, исполнительных органов всех рангов.

Мы видели, что именно таким путем, то есть через суды, права человека как идеологическая категория реально «входят» в действующее право, свидетельствуя о его глубокой «перенастройке», об обретении действующей юридической системой качества права человека как объективной реальности, о фактической реализации требований правозаконности.

Причем и в деятельности судов в рассматриваемом отношении могут быть отмечены некоторые важные особенности.

Одна из них заключается в том, что органы правосудия развитых демократических стран принимают указанные решения, ориентируясь при этом на общее состояние утверждающегося в таких странах «права цивилизованных народов». Здесь можно привести выдержки из решений Федерального суда Германии, где возмещение морального ущерба, связанного с нарушением прав человека, обосновывалось, помимо иных аргументов, общей линией правовых систем, «в которых, как и в нашей (речь идет о современном немецком праве. — С.А.), ценности отдельной личности отводятся центральное место». С этой точки зрения становится понятным, почему в другом решении суд ограничил возмещение морального ущерба лишь случаями особо тяжелого нарушения прав личности. По данному вопросу Федеральный суд ФРГ ссылался на швейцарское право, которое при сравнении с законами других стран, в том числе Германии, «придает правовой защите личности большее значение, чем ГК ФРГ...» (*Швайцерб К., Кётц Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 34).

ссылкой на «права человека» и другие гуманитарные мотивы внесудебного применения государственно-принудительных мер, и особенно использования вооруженных сил, спецслужб для решения внутригосударственных — политических и иных — проблем по одному лишь усмотрению управленческих, исполнительных органов.

Во-вторых, господство в обществе начал права цивилизованных народов (и скажу еще раз, общезначимых правовых ценностей и категорий) не должно исключать из нашего поля зрения влияния на правовые системы государств отмеченных ранее негативов, в том числе негативов либерализма.

И дело не только в том, что эти негативные факторы и процессы могут затормозить становление права цивилизованных народов. Суть и острота проблемы заключается еще и в том, что, как показывают факты нынешнего времени, могут возникнуть процессы обратного порядка, движение вспять, возвращение (пусть и частичное) к праву силы, к его жесткому проявлению — «кулачному праву». Увы, такие процессы как раз во многом характеризуют военные акции коалиции во главе с США, страной с наиболее передовой системой демократии, против Югославии, Афганистана, Ирака. Тем более в обстановке, когда военные акции с использованием современного тяжелого вооружения в отношении некоторых из указанных стран обосновываются политикой устранения «реакционного политического режима» (сменившей мотив «борьбы с терроризмом») — основанием, никак не согласующимся с международно-правовыми нормами, юридически оправдывающими применение вооруженной силы против суверенных государств.

Тут наряду с другими факторами и явлениями антиправового свойства намечается формирование принципиально нового юридического феномена, который можно назвать *правоприменительным правом*, то есть формирование юридических систем, в которых под прикрытием юридически возвышенных, передовых лозунгов и формул осуществляются фактические действия органов власти (преимущественно исполнительных органов, силовых структур). Действия, основанные не на содержании и смысле законов, судебных прецедентов, иных общепризнанных юридических оснований, а непосредственно на «фактах правоприменения» со ссылкой на какие-то будто бы законные «зацепки» в нормативных актах, требования практики и т.д.

Словом, наряду с оптимистическими, воодушевляющими тенденциями современное право находится, так сказать, на развилке — на том этапе, когда существуют предпосылки и факторы, ведущие к деформации права, когда оно может оказаться на обочине социальной жизни

ни — в том состоянии, когда не исключено *крушение права* как одного из высших достижений человеческой цивилизации и культуры. Впрочем, в этом случае не устоят под напором «демонов зла» и сами современные цивилизация и культура.

У нас, в России

Отмеченные выше процессы развития права в современную эпоху, в том числе процессы правовой конвергенции, затрагивают в основном передовые, демократически развитые страны, которые существенно продвинулись в утверждении ценностей последовательно демократических, либеральных цивилизаций (да и здесь, как было уже отмечено, еще немало сбоев, явлений, выбивающихся из общего потока такого рода процессов).

Передовые интегрированные правовые структуры довольно быстро утверждаются и в ряде других стран, прежде всего «молодых» государственных образований, твердо вставших на путь современного демократического и правового развития.

В немалом же числе стран, особенно экономически и социально отсталых, указанные процессы только намечаются либо (в лучшем случае) могут рассматриваться в качестве более или менее отдаленной перспективы.

Особо сложной в этом отношении является ситуация в государствах, которые не имеют прочных, укоренившихся во всем строе и образе жизни людей перспективных правовых традиций, тем более если в этих странах естественный ход цивилизационного развития оказался прерванным, произошел сброс в обстановку тоталитарных фанатичных режимов и ныне идет трудный и мучительный процесс освобождения от наследия прошлого и освоения институтов и ценностей современного гражданского общества.

Из этих стран, быть может, наиболее сложной является обстановка в России. В связи с этим сделаю несколько кратких замечаний о возможностях и перспективах восприятия и реализации в российском обществе процессов, характерных для идущего в настоящее время мирового правового развития, в том числе тех процессов, которые выражают утверждение в жизни общества права человека, институтов, принципов и идеалов «права цивилизованных народов».

Прежде всего было бы опрометчивым и губительным для перспективы цивилизационного развития России встать на путь ускорения — одним по-большевистски мощным броском выйти в области права на

уровень передовых демократических стран. Результаты проведенных в подобном темпе и устремлениях в 1992–1996 гг. кардинальных экономических реформ, которые привели не к формированию свободной частнособственнической, конкурентной («рыночной») экономики с устойчивым постиндустриальным экономическим развитием, а к одному из вариантов номенклатурного полукриминального капитализма (смягченного исключительно благоприятными, уникальными внешнеэкономическими условиями), должны быть для нас горьким поучительным уроком.

Вместе с тем сама логика перехода от тоталитарного строя советского образца к современному гражданскому обществу требует известных *опережающих акций* именно в области права — авангардного достижения тех рубежей, которые могли бы стать ориентиром и надежной опорой для плодотворного экономического и социального продвижения вперед в общем направлении демократического реформирования.

Но такое «опережение» — внимание! — должно происходить все же в соответствии с *существующим состоянием правового развития страны* (в том числе в области правовой культуры, правосознания), а главное — в согласии с *позитивными юридическими реалиями, которые выражают уже определившиеся в прошлом и вошедшие в жизнь типовые характеристики, принадлежность к той или иной семье права*. Пусть даже эти юридические реалии и характеристики — как это произошло в России — во многом, а при советском строе чуть ли не исключительно имели преимущественно внешний характер, не очень-то затрагивающий реальную политическую и социальную жизнь.

Это значит, что для российского общества в условиях, когда оно только-только начинает выходить из строя всепоглощающего коммунистического тиранического режима, с е р х з а д а ч е й в области права должно быть не осуществление некой «правовой конвергенции», во всяком случае в полном ее объеме, а в первую очередь максимальное, насколько это возможно, использование тех ценностей на одном из магистральных направлений мирового правового развития — *ценностей права романо-германского (в основном германского) типа*. Это путь, на который Россия твердо уже встала и стала развиваться начиная с XVIII–XIX вв. и на котором, надо добавить, в результате реформ Александра II и самой логики общественного развития Россия достигла ко времени большевистского переворота пусть и скромных, но все же заметных успехов (что и было использовано для внешне престижного антуража, характерного для советского коммунистического режима).

С этих позиций нужно видеть, что те скромные достижения в направлении «опережающего» правового развития, которые можно отнести к плюсам проходящих ныне российских реформ (это, по многим данным, Конституция 1993 г. с ее гуманитарно-правовой стороны, Гражданский кодекс, ряд других законодательных документов, первые шаги реформирования судебной системы), — это главным образом реализация ценностей *«права, выраженного в законе»*. А отсюда — их развитие в полном соответствии с первыми фазами такой реализации, которую прошли или проходят все страны, где утвердилось право романо-германского типа. Это наряду с рядом позитивных сторон правового развития (в том числе в отношении юридино-конструктивного правового содержания) возвеличивание закона, признание его абсолютного и безусловного верховенства, за исключением лишь, пожалуй, того, что может быть отнесено к негативным сторонам формулы «диктатура закона». И одновременно — настороженное или сдержанное отношение к судебным прецедентам, преимущественное сведение назначения суда к функции строгого и неукоснительного проведения в жизнь воли законодателя.

С этих же позиций следует признать, что и на ближайшее, быть может, и на более отдаленное время именно *культура закона* при всех «коварствах» закона, других его противоречивых качествах (закон может быть формой легализации насилия, произвола) останется при благоприятных политических и социальных условиях (и это, скажу еще раз, неизбежная фаза правового развития страны с юридической системой романо-германского типа) *оптимальным направлением отечественного правового прогресса*. Именно здесь, на таком направлении отечественного правового прогресса, произойдет, будем надеяться, интеллектуальное обогащение права, повышение его структурированности, наращивание его богатства в юридино-конструктивном отношении — все то, что необходимо для твердой законности и одновременно для постепенного обретения российской юридической системой технико-юридического совершенства и качеств права человека.

Вместе с тем такого рода направленность современного правового развития России, ориентированного на максимальное использование потенциала культуры закона, вовсе не исключает известных шагов также и в направлении повышения значимости судебной практики, подготовки к тому, чтобы в перспективе поставить на службу формирования современной юридической системы России также и достижения прецедентного права.

Конечно же, и на сегодня, и на завтра задача первостепенной важности — это возвышение права, придание ему значения цели и идеала социального развития — важнейшего, ключевого звена формирования современного гражданского общества. И отсюда — всеобщее развитие современного правосознания, правовой культуры и воспитанности.

Одновременно как на некоторый кульминационный пункт или ключевое звено перспектив правового развития в российском обществе следует указать на важнейшее звено высокой культуры права — *правоведение и правоведы*. Именно от уровня социальной и профессиональной значимости нашего правоведения, от его состояния и реального места в жизни общества, а следовательно, от усилий, гражданственности и мужества российских правоведов решающим образом зависит как решение всех упомянутых выше задач, составляющих суть предстоящей действительной российской правовой реформы, так и в целом судьба права в России.

Борьба за право — два звена

Эта книга, по авторскому замыслу и сути рассматриваемых проблем, помимо решения ряда теоретических задач призвана поддержать настроения оптимизма и веры в право, а значит, в оптимистическое будущее людей, всего человеческого сообщества. Для нас в России — веры в преодоление бед и проклятий прошлого и выход с помощью продуманных реформ и потенциала права на уровень современной цивилизации, устойчивого экономического и социального развития.

Но в завершение книги приходится с некоторой жесткостью расставить акценты в такого рода настрое и сказать о том, что право в том виде, в каком оно сообразно своим идеалам и ценностям обрисовано в книге, *н е с о с т о и т с я* (с несбывшимися надеждами и со всеми негативными в этом случае последствиями), *если повсеместно, «всем миром» не повести целенаправленную, бескомпромиссную борьбу за право*. Притом *право в его высших гуманистических и конструктивных характеристиках*.

И дело не только в том, что право, по словам знаменитого немецкого правоведа Рудольфа Иеринга (на мой взгляд, юриста «от Бога», одного из немногих мыслителей-правоведов, глубоко и тонко понимающего сам феномен юридической материи), не в пример растению произрастает не само собой — не само по себе раскрывается в истории. И не в том еще, что мысль о необходимости борьбы за право, справед-

ливая по самой своей сути, становится еще более значимой и в чем-то очень острой и тревожной, если видеть в праве объективированное бытие Разума, средоточие интеллектуальных богатств, высокосложных юридических механизмов, от которых по максимуму зависит решение сложных проблем современности.

Главное, что предопределяет необходимость последовательной борьбы за право в современных условиях, заключается в том, что ему, праву, и в особенности праву, которое должно служить человеку, противостоят могущественные противоборствующие силы. Силы, скажем так, антиправовые по своей сути, то есть такие, для которых право представляет собой ненужное и даже вредное явление. А если в чем-то нужное и полезное, то не в развитом виде, не в своем исконном предназначении в сообществе разумных существ — служить человеку, но всего лишь в своих усеченных, ограниченных качествах. Главным образом в виде права власти, верной и безропотной «служанки» могущественных экономических и политических сил, «крыши» для оправдания любого своеволия, некоего сугубо оформительского, служебного, подсобного инструментария в политической и деловой жизни, где решающую роль играют власть и собственность.

Борьба за право во всех гранях и ипостасях этого трудного дела включает ряд составляющих, которые охватывают и уровень развития институтов гражданского общества, и состояние культуры и гражданственности в стране, и характер утвердившейся политической власти, и темпы экономического развития, и особенности всего общественно-го сознания, и многие другие факторы, касающиеся в сущности всех сторон развития общества.

И все же при всей важности только что отмеченных и иных факторов хотелось бы выделить (с учетом разработок в этой книге) два ключевых звена.

Первое из них — это *интенсивная разработки идей права, обретение ими высокого научного и гражданского признания*. Идеи права в современном их понимании достойны того, чтобы они стали одним из центров интеллектуальной, духовной жизни общества, ничуть не уступающим науковедческому статусу передовых естественнонаучных и технических знаний.

Ведь общества, в которых утверждаются последовательно демократические, либеральные цивилизации, — это постиндустриальные, технологически и информационно развитые общества и в не меньшей мере общества свободные, самоуправляющиеся, сутью и стержнем которых становится право. Право, которое позволяет людям утвер-

даться в великих демократических ценностях и, используя могущественный потенциал юридического инструментария, справиться со всеми негативами, с вырывающейся на простор вольницей, со вседозволенностью в потребительских страстях и, таким образом, сделать свободу в высшем цивилизационном понимании исходным началом и стержнем достойной жизни людей, обратить ее в человеческую активность, творчество, свершения ума — основу восходящего развития человеческого рода¹.

Именно тут можно ожидать утверждение позиций подвижников, активных и искренних приверженцев идей права, непреклонных борцов за правовые идеалы и ценности.

И в т о р о е ключевое звено. Это понимание, разработка и использование всего конструктивного потенциала права — уникального юридического инструментария, юридических механизмов.

Сейчас становится все более очевидным, что использование потенциала права по запросам и вызовам эпохи не сможет сколько-нибудь

¹ А это все предполагает необходимость, как уже отмечалось (и если в данном случае уместно еще раз использовать возвышенные категории), *новой эпохи в понимании права* — такого развития, пожалуй, даже *поворота* в правопонимании, который бы в полной мере отвечал принципиально новым потребностям последовательно демократических, либеральных цивилизаций.

Уже сейчас, думается, вырисовываются некоторые направления такого поворота в понимании и характеристиках права, которые способны преодолеть традиционные трактовки и дать ответ на требования времени.

О них и говорилось в данной книге. Это, в частности:

- характеристика права с *мировоззренческих позиций*, то есть его понимание как *особого мирозданческого явления* — самостоятельного, самобытного, уникального звена в процессах бытия и развития человечества. Причем такого звена, которое имеет свои незаменимые функции и свое предназначение, не сводимое ни к категориям государства, ни к категориям морали, и, быть может, еще такого, которое обладает качествами природного по своим основам, корням явления;

- рассмотрение права как *объективной реальности* — сильного и действенного фактора в жизни людей, в самой материи которого заложена специфическая логика, «целестремленная» к свободе человека, их обеспечению;

- понимание права в высших его значениях как *права человека*, которое несмотря на все метаморфозы «приговорено» служить людям и, что особо существенно, способно осуществить, казалось бы, невыполнимую задачу — не только преодолеть негативные стороны величайшего дара человека — свободы, но и обратить ее в активность человека, его творчество, свершения ума;

- характеристика права как *феномена Разума и высоких истинно человеческих начал*. Причем таких начал (относимых к числу духовных, идеальных), которые, быть может, наиболее близки к самой сути человека как высшего, великого создания природы, что и предопределяет саму возможность оценки права как *святыни* в жизни человека;

- оценка права в качестве *цели гражданского общества*, высшего критерия общественной жизни.

существенно продвинуться вперед, если по-прежнему ограничиваться одними общими положениями о праве (даже теми, которые касаются известного поворота в самом его понимании, о котором говорится в этой книге). Необходимо основательное проникновение в глубины, тайны правовой материи. А отсюда — в богатейший арсенал юридического инструментария и правовых механизмов, которые — как все более и более выясняется в настоящее время — способны обеспечить решение коренных задач экономического, политического и социального развития.

И здесь на основе научных данных, соответствующих требованиям нынешней эпохи, постепенно вырисовывается главная сфера научно-прикладных исследований и практической деятельности по использованию потенциала права. Это разработка (и на общетеоретическом уровне, и во всех специальных юридических дисциплинах) *оптимальных юридических конструкций и принципов*, которые на основе основополагающих правовых идей, мировой юридической культуры и нынешнего практического опыта способны обеспечить утверждение ценностей последовательно демократической цивилизации, торжества Разума, права человека.

Не могу не заметить при этом, что определяющую роль в рассматриваемых гранях борьбы за право призваны сыграть знатоки юриспруденции, овладевшие высотами и тонкостями юридических знаний, для которых утверждение ценностей и идеалов права в жизни общества стало не только самой сутью миропонимания и сферой утонченных научных знаний, но и смыслом жизни, личной судьбы.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Вот мои соображения о юридической науке, о тех новых подходах к ее предмету — праву, которые, надо полагать, продиктованы современной эпохой.

Не скрою, наряду с сугубо личными причинами¹ исходным поводом к появлению на свет данной публикации во втором издании стал двоякий авторский расчет.

Во-первых, отдать должное правовым знаниям как науке высокого прикладного и интеллектуального значения. И с этих позиций попытаться научно возвысить или хотя бы приподнять юриспруденцию в глазах тех людей (в том числе и серьезных, глубоких ученых), которые уверовали, что юриспруденция представляет собой всего лишь область довольно элементарных, сугубо эмпирических знаний, связанных главным образом с техникой законоподготовительных работ, текущими потребностями

¹ Суть этой личной причины в том, чтобы сказать о моей собственной оценке той исследовательской работы в области права, которую мне довелось провести в советское время.

Замечу сразу, в моих работах той поры немало такого, что должно уйти в прошлое. И что навсегда останется для меня предметом горечи, стыда, очищения и покаяния. Но было в работах правоведов того времени и другое. Наряду с той показушной мишурой, цитатной обязаловкой, слепым преклонением перед коммунистическими идолами, которые довели и над нами, молодыми правоведами (в немалом числе недавними солдатами Отечественной войны), решающим в моей работе и судьбе стал сам факт возвышения и даже возвеличивания права, и еще более — сначала знакомство через отработанный понятийный аппарат, а затем погружение в материю права, ее тонкие, подчас ювелирные связи и соотношения — поразительные юридические конструкции. Тем более — поскольку речь идет о моей персоне — что этот импульс веры и настроя на овладение тонкостями материи права был сообщен при первых же шагах в научных исследованиях моими учителями, профессорами дореволюционного времени Б.Б. Черепахиным и А.М. Винавером, да и самим предметом моих творческих увлечений — цивилистикой, гражданским правом.

Эти же романтические начала и некоторые знания тонкостей правовой материи помогли в не менее тяжкие (и такие счастливые!) годы начавшихся в нашей стране перемен, когда на мою долю выпало участие в первых шагах, неуверенных и драматичных, по созданию истинных правовых основ жизни нашего общества.

Именно вера в Право, а также настрой на овладение тонкостями юридической материи позволили и в обстановке тоталитарного режима (во многом, скажу еще раз, благодаря интеллектуальной силе цивилистики и наставничеству моих учителей) встать на путь углубленного рассмотрения права как объективной реальности, а отсюда его структуры, ценности, механизма правового регулирования — всего того, что ныне в результате дальнейших творческих поисков выводит на новые подходы к праву, на понимание его главных особенностей и ценностей, его — будем верить — ключевой роли в настоящем и будущем людей, всего человеческого сообщества.

юридической практики или с некими идеологизированными, по большей части общеизвестными формулами и сентенциями и, увы, с политикой.

И во-вторых, выделить в качестве ключевой категории развитой правовой материи ее центральное звено — юридическое инструментальное совершенство, прежде всего юридические конструкции как наиболее развитый феномен юридического инструментария, правовых механизмов. То звено, которое поражает и самим фактом, что оно имеет характер «конструкции», и поразительным соединением реальности, опыта и ума, и тем, что именно оно открывает перспективу дальнейшего, не исключено — «взрывного» развития правоведения, ничуть не уступающего перспективе развития передовых сфер знаний — наук естественного и технического профиля.

А воодушевил меня на все это в личностном отношении не только долг перед моими учителями, но и мои недавние (по причинам профессиональной работы) встречи с крупными учеными из числа математиков и физиков, оказавшихся в первые годы перемен в Верховном Совете страны и напрямую принимавших участие в законодательной деятельности тогдашнего времени. Меня, скажу честно, поразило, что все они п о н и м а ю т п р а в о, а главное, — не ведая о прописных юридических премудростях, не в пример многим из нас, юристам-профессионалам, «с ходу» постигают тонкости юридической материи.

И именно с той поры меня не покидает мысль: не свидетельствует ли такое понимание права математиками и физиками о глубоком единстве всех тех наук, стержень которых образуют «математические соотношения», построения строгой архитектоники, — наук, которые позволяют сплавлять требования реальности, опыта и разума в строгие, практически значимые структуры, конструкции?

Что касается правоведения, то на основании данных, которым посвящена эта работа, могу заверить, что и юридическая наука выходит на новые рубежи постижения своего предмета — права. И в области юридических наук намечаются передовые идеи, новые, перспективные научные подходы, основанные на своего рода математическом, точнее — инструментально-математическом понимании права, тех его особенностях, которые выражаются в строгих юридических структурах, конструкциях и реализуются в могущественном потенциале права.

Эти идеи, подходы, на мой взгляд, не только выводят правоведение на общий уровень современных знаний, но и, по-видимому, открывают путь к тому, чтобы в полной мере раскрыть действительное значение права в жизни людей, которое — не исключено — окажется решающим в судьбе человечества.